

AÑO 5, NÚMERO 9, JULIO-DICIEMBRE 2021

# Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2>

Editores invitados:

María Marisela Vargas Salgado

Arturo Chacón Castañón

9

Centro de Investigaciones  
JURÍDICAS / UACJ

**Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**

**Juan Ignacio Camargo Nassar**

Rector

**Daniel Constandse Cortez**

Secretario General

**Antonio de la Mora Covarrubias**

Director General de Servicios Académicos

**Jesús Meza Vega**

Director General de Comunicación Universitaria

**Alonso Morales Muñoz**

Director del Instituto de Ciencias Sociales  
y Administración

Revista Especializada en Investigación  
Jurídica

**EDITORES RESPONSABLES**

Javier Ignacio Camargo Nassar  
Wendolyne Nava González

**EDITORES INVITADOS**

María Marisela Vargas Salgado  
Arturo Chacón Castañón

**COMITÉ EDITORIAL**

Diego Barría Traverso

(Universidad Santiago de Chile)

José Antonio Estévez

(Universidad de Barcelona, España)

Salvador Martí

(Universidad de Girona, España)

Manuel Alexis Bermúdez Tapia

(Universidad Privada de San Juan Bautista, Perú)

Ares Naim Mejía Alcántara

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Jaime Fernando Cárdenas Gracia

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Jorge Alberto González Galván

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Fernando Barrientos

(Universidad Autónoma de Guanajuato)

Angelo Viglianisi Ferraro

(Universidad de Calabria, Italia)

Gisselle de la Cruz Hermida

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Hugo Manuel Camarillo Hinojoza

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Gerardo González Rentería

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Carlos Alberto Martínez Beltrán

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

*Revista Especializada en Investigación Jurídica*

Año 5-Número 9- julio-diciembre 2021.

Es una publicación semestral, indexada y arbitrada por pares académicos. La revista es editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, CP. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, ext. 3656. **Página web:** <http://reij.uacj.mx>; **correo electrónico:** [reij@uacj.mx](mailto:reij@uacj.mx). Editores responsables: Dr. Javier Ignacio Camargo Nassar y Dra. Wendolyne Nava González. Reserva de uso exclusivo No. 04-2017-040309333500-203, ISSN 2448-8739, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dirección General de Difusión Cultural y Divulgación Científica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Esta revista es de acceso abierto. El titular de los derechos de explotación de los contenidos son los(as) autores(as). Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores(as). El licenciamiento bajo el cual se publican los contenidos es Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (cc BY-NC-SA 4.0), por lo que se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio y formato, adaptar, re mezclar, transformar y construir a partir del material para cualquier propósito, siempre y cuando no sea con fines comerciales y se cite al autor(es) original y a la fuente, proporcione la liga a la licencia Creative Commons e indique claramente si se hicieron cambios a la obra y especifique cuales fueron dichos cambios. Para más información consultar el apartado de Política de Acceso Abierto de la revista.

AÑO 5, NÚMERO 9 · JULIO-DICIEMBRE 2021

# Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2>

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

**Universidad Autónoma de Ciudad Juárez**

## PRESENTACIÓN

6

## ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

### **Reflexiones sobre la prescripción de la acción penal de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales**

Jaime Ernesto García Villegas, Universidad Autónoma de Chihuahua  
ORCID: 0000-0001-8832-1543

Lila Maguregui Alcaráz, Universidad Autónoma de Chihuahua

ORCID: 0000-0001-6153-7416

8

### **Construcción de un concepto constitucional de delito con base en los principios de taxatividad, proporcionalidad y dignidad**

Roberto Carlos Fonseca Luján, Universidad Nacional Autónoma de México

ORCID: 0000-0003-0076-9576

27

### **El sistema socio-jurídico en la gobernación de yucatán durante la época colonial**

Héctor Joaquín Bolio Ortiz, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Yucatán

ORCID: 0000-0001-7756-8858

Juan Pablo Bolio Ortiz, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Yucatán

ORCID: 0000-0001-6868

49

### **Panel laboral general y Mecanismo laboral de respuesta rápida en instalaciones específicas del T-MEC**

Juan Manuel Saldaña Pérez, Universidad Nacional Autónoma de México

ORCID: 0000-0003-0345-2072

79

## ARTÍCULOS DE REVISIÓN

### **La imputación objetiva en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano**

Kelly Orellana Faz, Abogada litigante en la República de Ecuador

ORCID: 0000-0001-5834-8745

César Alberto Enderica Guin, Abogado litigante en la República de Ecuador

ORCID: 0000-0002-9918-4764

101

### **A contraluz: las inspecciones e intervenciones corporales en la investigación del proceso penal cubano**

Leaned Matos Hidalgo, Universidad de Granma-Bayamo/Cuba

ORCID: 0000-0002-4182-1732

Yordan Chávez Ramírez, Universidad de Granma-Bayamo/Cuba

ORCID: 0000-0002-8983-4719

125

## APARTADO ESPECIAL

### **Una muestra de la postura en la frontera de Ciudad Juárez ante el matrimonio igualitario**

Dirceu Ismael Solís Mendoza, Juez de Primera Instancia del Sistema Penal Acusatorio del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua

ORCID: 0000-0001-6448-1770

148

### **La perspectiva de género y los operadores del sistema de impartición y procuración de justicia en Ciudad Juárez, Chihuahua**

Claudia Lizbeth Miramontes Ruiz, Agente de Ministerio Público adscrita a la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por razones de Género

ORCID: 0000-0002-5155-296X

174

## PRESENTACIÓN

**L**a investigación es la piedra angular del conocimiento, sin ella sería imposible comprender el cómo y el porqué de nuestro entorno natural, social, político, económico y, por supuesto, legal. La *Revista Especializada en Investigación Jurídica* está consciente de esta realidad, y es por esto que su objetivo fundamental es la transmisión del conocimiento relacionado con las ciencias jurídicas, el cual ha sido el producto de la ardua labor de investigadores de diferentes universidades y centros de investigación de México y otros países. A ellos va nuestro agradecimiento profundo por sus valiosas contribuciones.

Es de destacar que a través de los años la *Revista Especializada en Investigación Jurídica* se está convirtiendo poco a poco en un marco de referencia de nuestro gremio. La calidad de nuestros artículos está garantizada por rigurosos criterios de selección y un estricto proceso de evaluación realizado por prestigiosos pares académicos tanto nacionales e internacionales; es reconocida por los diferentes índices a los que pertenece la revista.

Hoy estamos felices por la publicación de una nueva edición de la *Revista Especializada en Investigación Jurídica*. En este número contamos con un apartado especial con artículos de investigación de destacados estudiantes de la Maestría en Derechos Humanos y Perspectiva de Género del Instituto Estatal de Seguridad Pública de Ciudad Juárez, Chihuahua, México. Nuestro reconocimiento y agradecimiento a la doctora María Marisela Vargas Salgado y al doctor Arturo Chacón Castañón, por su ex-

traordinaria labor como Editores Invitados de este apartado especial.

Finalmente, un agradecimiento especial al doctor Javier Ignacio Camargo Nassar, Editor Responsable de la revista, y al Comité Editorial, por su apoyo incondicional a este proyecto. Sin ustedes, sin su trabajo desinteresado y su dedicación por difundir la investigación jurídica, esta revista no sería una realidad.

Wendolyne Nava González  
 Editora en jefe



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0  
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JAIME ERNESTO GARCÍA VILLEGAS<sup>1</sup>

LILA MAGUREGUI ALCARÁZ<sup>2</sup>

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.1>

FECHA DE RECEPCIÓN: 13 de julio 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 24 de noviembre 2020

## REFLEXIONES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Reflections on the prescription of criminal action in accordance with the National Code of Criminal Procedures

### Resumen

El Código Nacional de Procedimientos Penales determina, en el artículo 211, que el ejercicio de la acción penal se inicia desde que el Ministerio Público solicita un citatorio para la programación de la audiencia inicial. Técnicamente se debería suspender la prescripción de la acción penal, toda vez que, a partir de ese momento, se debe considerar que existe una facultad ejercida por el órgano persecutor. Este criterio resulta distinto a la determinación que estaba contenida en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que establecía que la prescripción se interrumpía hasta el momento en que se realizaba la formulación de imputación, y no momentos previos, como lo era la solicitud de programación y citatorio. Por lo tanto, al haber perdido su vigencia el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el Código Penal del Estado debe ajustar las disposiciones que se refieren a la figura de la prescripción y que se relacionan con el ejercicio de la acción penal, al criterio antes precisado, en virtud de que la parte sustantiva sigue precisando que la prescripción de la acción penal se interrumpe hasta que se lleva a cabo la comparecencia del imputado ante el juez de control (formulación de imputación), lo que puede generar problemas interpretativos y hacer nugatorio el derecho humano de acceso a la justicia de las víctimas u ofendidos.

Palabras clave: *prescripción; acción penal; Principio de Especialidad; justicia.*

<sup>1</sup> Doctor en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Abogado postulante y maestro de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como agente del Ministerio Público de la Fiscalía Encargada en Investigación y Persecución del Delito Zona Centro del Estado de Chihuahua, director general jurídico del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, así como secretario de Sala Adscrito a Presidencia del mismo Tribunal. Colaborador del CA-UCH-57 de Derechos Humanos y Cultura de la Legalidad. Imparte cátedra, además de posgrados, en la Universidad La Salle y el Instituto de Seguridad Pública de la Fiscalía General del Justicia del Estado de Chihuahua.

<sup>2</sup> Doctora en Administración Pública y profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Colaboradora del CA-UCH-57 de Derechos Humanos y Cultura de la Legalidad.

# REFLEXIONES

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

### Abstract

The National Code of Criminal Procedures determines in article 211 that the exercise of the criminal action begins from the moment the public prosecutor requests a summons for the scheduling of the initial hearing, which technically should suspend the prescription of the criminal action, every time that, from that moment on, it must be considered that there is a power exercised by the prosecuting body. This criterion is different from the determination that was contained in the Code of Criminal Procedures of the State of Chihuahua, which established that the prescription was interrupted until the moment in which the imputation was made, and not previous moments, such as the request for programming and summons. Therefore, since the Code of Criminal Procedures of the State of Chihuahua has lost its validity, the State Criminal Code must adjust the provisions that refer to the statute of limitations, and that relate to the exercise of criminal action, to the criterion previously specified, by virtue of the fact that the substantive part continues to specify that the prescription of the criminal action is interrupted until the appearance of the accused before the control judge (formulation of the accusation), which can generate interpretive problems and cause nugatory the human right of access to justice for victims or offended.

Keywords: *prescription; criminal action; Principle of Specialty; justice.*

### Introducción y consideraciones generales

**E**l objetivo de este trabajo es explicar y hacer una propuesta de solución para una antinomia dentro del sistema de procuración e impartición de justicia penal en México, toda vez que se analizarán las disposiciones sustantivas y adjetivas inherentes a la prescripción y al ejercicio de la acción penal. Por lo que se realizará un análisis detallado en torno a la regulación sobre el inicio del ejercicio de la acción penal, de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales; lo que permitirá contrastar los lineamientos adjetivos con las disposiciones locales sustantivas vigentes que se rela-

cionan con esta figura, es decir, el Código Penal del Estado de Chihuahua, que incorpora el aspecto material sobre la prescripción de la referida acción.

De tal suerte que, en el trascurso de los párrafos que integran este texto, se destacará cómo la codificación sustantiva penal de la entidad armoniza en realidad sobre dicho aspecto con el abrogado Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; no obstante, discrepa en lo inherente al inicio del ejercicio de la pretensión punitiva con la Codificación Nacional Adjetiva de la materia. De tal suerte que, en este texto, se efectuará una propuesta interpretativa con los argumentos necesarios para resolver esta antinomia. Se abordará el tema desde los aspectos más generales, como anotaciones sobre la figura de las antinomias, la prescripción y, desde luego, la función persecutoria, hasta lo particular, como el conflicto entre las determinaciones sustantivas y adjetivas penales vigentes, para efecto de llevar a cabo adecuadamente el planteamiento del problema, así como la propuesta de la solución.

La función persecutoria del Ministerio Público, como lo apunta Rivera Silva (2005), tiene dos momentos: el primero se refiere a la investigación de los delitos y el segundo, al ejercicio de la acción penal, que consiste en una serie de gestiones que el órgano persecutor realiza ante los tribunales (p. 39). Con la finalidad de que se

aplique la norma al caso concreto, ya sea imponiéndose una sanción, o bien, proponiendo un medio alternativo de solución de conflictos, pero en todos los casos procurando la reparación integral del daño.

Por su parte, la prescripción, en su aspecto negativo, consiste en la pérdida de una facultad por el transcurso del tiempo; por lo tanto, la prescripción de la pretensión punitiva estriba en la extinción de esta, por haber transcurrido el tiempo establecido por la norma jurídica para que el Ministerio Público ejerza la misma, de tal suerte que el momento en que se debe tener por iniciado el ejercicio de la acción penal y la prescripción de esta guardan una íntima relación.

Martínez Morales (2014) puntualiza que la prescripción se traduce en el cese de la posibilidad que tiene el Estado de aplicar la ley a quien ha delinquido, por haber transcurrido el tiempo idóneo para ello, ya que por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones (p. 640). Atentos a lo expuesto por Vela Treviño (1990),

[...] hay leyes generales que regulan el fenómeno de la prescripción, como es el caso de la legislación penal del Estado de Chihuahua, en realidad esas reglas están creando, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos a favor de los individuos, que tendrán, siempre, un derecho individual oponible

al derecho general del Estado a perseguir los delitos y a los delincuentes (p. 51).

En relación con este punto, el Código Nacional de Procedimientos Penales determina que la acción penal se inicia desde el momento en que el Ministerio Público solicita fecha para la audiencia inicial o simplemente solicita ya sea una orden de comparecencia, o bien, de aprehensión; empero el Código Penal del Estado de Chihuahua sostiene que la prescripción no se interrumpe, sino hasta el momento en que efectivamente el imputado comparece materialmente ante el juzgador o se le ejecuta la orden de aprehensión. Esta diferencia no es menor, ya que debemos ser conscientes de que, cuando el imputado no se encuentra detenido por flagrancia o caso urgente, existe un lapso entre la programación de una audiencia y su verificación, que por disposición legal puede consistir hasta en quince días de distancia desde el momento en que el Ministerio Público solicita fecha para la audiencia inicial, y la verificación de la misma, e incluso suelen materializarse defectos en las notificaciones o citaciones, que prolongan la fecha para la formulación de la imputación, transcurso de tiempo que puede llegar a ser crucial y no debe incluirse en el cómputo de la prescripción de la acción en comento.

### **El inicio del ejercicio de la pretensión punitiva**

Es importante poner en relieve el contenido del ordinal 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece:

Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

[...]

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia,

con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.

En efecto, con meridiana claridad, el Congreso de la Unión determinó que la pretensión punitiva de la que el Ministerio Público se encuentra investido, debe tenerse por ejercida:

- a) Desde el momento mismo en el que el órgano investigador solicita al Juzgado de Control se programe fecha y hora para la celebración de una audiencia inicial, y se le envíe citación al imputado para que comparezca de manera voluntaria; o bien
- b) Desde la sola puesta a disposición de un imputado detenido, por virtud de flagrante delito o caso urgente; o finalmente
- c) Desde la sola solicitud (no libramiento, ni ejecución), de una orden de aprehensión o comparecencia.

No pasa inadvertida la distinción que el legislador realiza, con acierto, entre procedimiento y proceso:

- a) El procedimiento se inicia desde la presentación de una denuncia, querrela o su equivalente.
- b) El proceso, en estricto sentido, aunque comienza desde que se verifica la au-

diencia inicial, ya sea por puesta a disposición de un detenido por flagrancia o caso urgente, o bien, hasta la presentación del imputado luego de una orden de citación, o bien, por la efectiva ejecución de una orden de aprehensión o comparecencia, no implica que hasta este momento deba tenerse por iniciado el ejercicio de la acción penal.

- c) En efecto, en torno al ejercicio de la acción penal de manera deliberada el legislador precisó, en un nuevo paradigma, que se inicia desde que el Ministerio Público solicita el citatorio para la audiencia inicial o, en su caso, las respectivas órdenes de comparecencia o aprehensión. Es decir, que se está ejerciendo la pretensión punitiva desde el momento en que el órgano investigador manifiesta la intención de formular imputación dentro de una audiencia inicial con independencia de que se haya verificado o no la misma. Esta redacción legislativa tiene su razón de ser, tal y como se abundará más adelante.

El ejercicio de la acción penal resulta un aspecto integrante de la función persecutoria, que consiste en un conjunto de gestiones que el Ministerio Público —o excepcionalmente un particular— puede realizar ante el órgano jurisdiccional, para que este aplique la norma punitiva al caso concreto. Se puede concluir que

esta figura no se agota en un solo momento, sino que se compone de un cúmulo de actuaciones que se inician desde que el Ministerio Público considera que cuenta con datos de prueba aptos y suficientes para solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, y en el supuesto de que no exista detención por flagrancia o caso urgente, la pretensión punitiva debe tenerse por iniciada en su ejercicio desde el momento en que se solicita citatorio para la audiencia inicial, se haya verificado o no dicha audiencia.

Esta nueva regla resultó establecida por el legislador rompiendo con el esquema pretérito, que consideraba que la acción penal debía tenerse por efectivamente ejercida hasta que se lograba la comparecencia del imputado ante el entonces denominado juez de Garantía, y se verificaba la formulación de imputación. Sin embargo, esta nueva regla sobre el inicio de la pretensión punitiva ha sido poco difundida, derivado de que hasta el mes de junio de 2016 fue la fecha límite para la declaratoria del inicio de la vigencia en la totalidad del territorio mexicano del Código Nacional de Procedimientos Penales, y, por lo tanto, las carpetas de investigación que se han iniciado bajo el imperio de este nuevo ordenamiento no son de tan antigua data.

Fortalece la interpretación precisada en supralíneas lo expresado por Perezniето Castro (2019), cuando al explicar el conte-

nido del artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, refiere:

Este artículo, de manera expresa señala la diferencia que existe entre procedimiento y proceso penal, exponiendo los momentos en que inicia cada uno. Precizando que el procedimiento penal inicia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento, de un hecho probablemente constitutivo de delito, con la presentación de una denuncia o querrela. Mientras que el proceso, comenzará con la audiencia inicial, siendo que esta se podrá verificar cuando la detención en flagrancia o en caso urgente, por cumplimiento de una orden de aprehensión, o bien, cuando el imputado comparezca previa citación a una audiencia de formulación de imputación. Es importante conocer el momento, en que inicia el proceso penal con la finalidad de no rebasar el plazo que tiene el juzgador para resolver el asunto en lo principal con la emisión de una sentencia en el procedimiento ordinario; un procedimiento abreviado, o bien mediante la aplicación de un medio alternativo para resolver el conflicto penal. Lo anterior se debe, a que Constitucionalmente se prevé el plazo en que debe ser juzgado de conformidad con el artículo 20, apartado B, fracción VII, de nuestra Carta Magna. También debe destacarse que dicho precepto, precisa el momento

en que se ejerce la acción penal, el cual es diverso al inicio del procedimiento y del proceso penal (pp. 384 -385).

Lo antes explicado se relaciona con la opinión de García Ramírez e Islas de González Mariscal (2015), al sostener que:

En el sistema acusatorio que regula el CNPP, la investigación es una; comienza a partir de la noticia criminis y se agota a más tardar una vez concluido el plazo que concede el juez de control para su complementación. No obstante, siendo una, tiene dos fases o momentos destacados (art. 211): a). Antes de que el imputado quede a disposición del juez de control para la formulación de imputación, a la que el CNPP, denomina investigación inicial, y b) A partir de la formulación de la imputación hasta que se haya cerrado la investigación a la que se le llama investigación complementaria. Cabe señalar que la investigación no se interrumpe o suspende durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión, ni durante la audiencia inicial, hasta su conclusión. Tampoco una vez ejercida la acción penal, la cual inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante el juez de control, o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia. En este sentido es de tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción penal no se

agota en tanto ocurra cualquiera de las actuaciones antes señaladas, sino que se extiende en el tiempo, de allí que, a pesar del inicio del ejercicio de la acción penal, el MP no pierde en lo posterior la dirección de la investigación (art. 211 penúltimo párrafo). [...] El concepto de acción penal, y su ejercicio, es distinto al que se concibe en el sistema tradicional. En el acusatorio no se puede establecer que el MP, ejerce la acción penal en un solo acto – como pudiera ser con la imputación o la solicitud de vinculación a proceso durante la audiencia inicial (pp. 56-60).

Por su parte, Leguizamó Ferrer *et al.* (2015) sostienen que:

El ejercicio de la acción penal, de conformidad con el nuevo CNPP, se inicia con la solicitud de citatorio para audiencia inicial, con la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial, o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia; pero no obstante que se haya ejercido la acción penal, el Ministerio Público continuará con la dirección de la investigación, como lo precisa el artículo 211 de la nueva legislación procesal.

La autora en cita igualmente explica que el proceso, en estricto sentido, comienza con la celebración de la audiencia inicial,

pero que el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público debe tenerse por iniciado desde el momento antes puntualizado, toda vez que la inclusión de este párrafo obedeció a la insistencia de que esta figura no debía ser olvidada, además de que no había claridad de delimitación entre proceso y procedimiento penal, y cuál era el género (Leguizamó Ferrer *et al.*, 2015, p. 295).

Se abunda deliberadamente sobre el inicio del ejercicio de la acción penal, toda vez que resulta un tópico de toral importancia para abordar la existencia o no de la prescripción de la misma (pretensión punitiva o acción penal). En virtud de que una facultad ya ejercida no debe tenerse por prescrita, toda vez que la prescripción lo que sanciona es el desinterés, la falta de actividad u omisión de la representación social.

Lo anterior independientemente de que la acción penal se ejerza y, a la postre, de manera contingente el imputado llegue a declararse sustraído a la acción de la justicia; toda vez que, con dicha declaración, el efecto producido sería que volvería a correr el plazo prescriptivo desde la declaratoria de la sustracción, plazo que se había interrumpido con el inicio del ejercicio de la pretensión punitiva, como se apuntará en líneas posteriores.

### **La prescripción y su aspecto material regulado en el Código Penal del Estado de Chihuahua en contraste con el inicio del**

### **ejercicio de la acción penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales**

La prescripción es una figura jurídica que implica la pérdida de un derecho, facultad o atribución por no haberlo ejercido o hecho valer, a pesar del transcurso del tiempo. También se debe especificar que la prescripción puede analizarse desde un doble aspecto: uno material o sustantivo y otro relacionado con el enfoque o repercusión adjetiva o procesal. También debe distinguirse que la prescripción puede recaer sobre la acción penal o sobre la facultad de ejecutar las penas o las medidas de seguridad.

Sobre el tema que nos interesa, que es la prescripción de la acción penal, se puede advertir que, en su aspecto material, fue delegada por el Código Nacional de Procedimientos Penales a las legislaturas de los Estados, para efecto de determinar temas como: a) el plazo en el que prescribe la acción penal respecto de las penalidades que le asiste cada delito (término medio aritmético, nunca inferior a tres años); b) a partir de qué momento se comienza a computarse; c) si es posible duplicar los plazos; d) e, incluso, si existen delitos imprescriptibles.<sup>3</sup> Empero, lo que no debe guardar una relación de dependencia o maternidad con la parte sustantiva, es decir, que

<sup>3</sup> No debemos soslayar que en nuestra entidad federativa existen delitos imprescriptibles, que se especifican en el numeral 105 del Código Penal del Estado de Chihuahua.

no deben quedar sometidas a la legislación sustantiva, son las determinaciones expresas sobre el ejercicio de la acción penal, su inicio y formas de hacerla efectiva o de extinguirse. Si bien es cierto que estos temas cuentan con fuertes puntos de contacto con la suspensión de la prescripción, también lo es que con base en el Principio de Especialidad de las Normas, en cuanto a estos últimos tópicos, debe prevalecer lo establecido en la Codificación Nacional Adjetiva Penal, quedando supeditado el aspecto material de la prescripción de la acción penal, al momento en que se tenga por ejercida, de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Para una mejor explicación, el Código Penal del Estado de Chihuahua, desde su numeral 105 hasta el 113, se encarga de regular el aspecto material de la prescripción de la acción penal:

Artículo 105. Efectos y características de la prescripción

La prescripción es personal y extingue la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, y para ello bastará el transcurso del tiempo señalado por la ley. [...]

Artículo 106. Prescripción de oficio o a petición de parte

La resolución en torno de la prescripción se dictará de oficio o a petición de parte.

Artículo 107. Duplicación de los plazos para la prescripción

Los plazos para que opere la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio del Estado, si por esta circunstancia no es posible concluir la investigación, el proceso o la ejecución de la sentencia.

Artículo 108. Plazos para la prescripción de la pretensión punitiva

Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán a partir de:

I. El momento en que se consumó el delito, si es instantáneo;

II. El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente;

III. El día en que se realizó la última conducta, si el delito es continuado;

IV. El momento en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si se trata de tentativa; y

V. El día en que el Ministerio Público haya recibido el oficio correspondiente, en los casos en que se hubiere librado orden de reaprehensión o presentación, respecto del procesado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

Artículo 111. Prescripción según el tipo de pena

La pretensión punitiva respecto de delitos que se investigan de oficio prescribirá:

I. En un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad, incluidas las modalidades del de-

lito cometido, pero en ningún caso será menor de tres años.

Esta regla se aplicará cuando la pena privativa de la libertad esté señalada en forma conjunta o alterna con otra diversa.

II. En un año, si el delito se sanciona con pena no privativa de la libertad.

Artículo 112. Prescripción en caso de concurso de delitos

En los casos de concurso ideal de delitos, la pretensión punitiva prescribirá conforme a las reglas para el delito que merezca la pena mayor.

En los casos de concurso real de delitos, los plazos para la prescripción punitiva empezarán a correr simultáneamente y prescribirán separadamente para cada uno de los delitos.

Hasta este punto no existe discrepancia alguna con la figura procesal del ejercicio de la acción penal o la función persecutoria, a la luz de su nueva regulación en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Sin embargo, aparecerá en nuestro escenario jurídico el primer párrafo del numeral 114 del Código Penal de Chihuahua, que debe ponerse en relieve cobró vigencia desde el 01 de enero de 2007 y comulgaba con el anterior criterio sobre el ejercicio de la acción penal, establecido en el abrogado Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que establecía una directriz mucho menos tolerante con la actividad persecutoria, indicando que la prescripción se

interrumpía hasta que se verificaba la audiencia de formulación de imputación, extremo que no encuentra vigencia ni asidero jurídico ni disposición semejante en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la siguiente tabla se plasma, dentro de su columna izquierda, el texto del vigente artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua, que tal y como se ha explicado determina tajantemente que la prescripción se interrumpe hasta que el imputado se encuentra presencialmente ante el juez; y en la columna derecha, se presenta al lector el numeral 278 del abrogado Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que establecía expresamente, en armonía con la parte sustantiva que la prescripción de la acción penal solo se interrumpía hasta que se llevaba a cabo la audiencia de formulación de imputación, es decir, hasta que el imputado estuviera frente al juez de garantía, hoy llamado juez de control:

VIGENTE Código Penal del Estado de Chihuahua 2007	ABROGADO Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua 2007
<p><b>Artículo 114. Interrupción de la prescripción</b> La <u>prescripción de la pretensión punitiva se interrumpe con la aprehensión del imputado o su comparecencia ante la autoridad judicial, si en virtud de la misma queda a su disposición.</u></p> <p>El plazo de prescripción volverá a correr, a partir del día en que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, si se encuentra privado de libertad. Fuera de esta circunstancia, volverá a correr en un plazo igual al de la medida cautelar impuesta; si la misma no estuviera determinada en tiempo, será en un plazo de cuatro meses. Si no se hubiese decretado medida cautelar, el plazo volverá a correr a partir de su última comparecencia ante la autoridad que procesalmente lo tuviera a su disposición.</p>	<p><b>Artículo 278. Efectos de la Formulación de Imputación.</b> La <u>formulación de imputación</u> producirá los siguientes efectos: Suspenderá el curso de la <u>prescripción de la acción penal.</u> El Ministerio Público perderá la facultad de archivar provisional la investigación.</p>

**Fuente:** (izquierda) Código Penal del Estado de Chihuahua (2007); (derecha) Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (2007) (abrogado).

En efecto, el abrogado Código Adjetivo Penal del Estado de Chihuahua determinaba que solamente hasta que se realizara la formulación de imputación, quedaría suspendida la prescripción de la acción penal, lo que obligaba a incluir en el plazo para el cómputo de la misma todo el tiempo que transcurriera administrativamente para acordar la solicitud del Ministerio Público, la programación y verificación de la audiencia para formular imputación e,

incluso, contingencias que pudieran surgir, como casos en los que no se notificaba conforme a derecho a los imputados, e implicaba la reprogramación de la audiencia por defectos en las diligencias de notificación. Por lo tanto, el Congreso de la Unión, al advertir estas contingencias, fue que consideró conveniente crear una disposición expresa en la que se especificara claramente el momento en que el Ministerio Público estaba iniciando con el ejercicio de la acción penal, externando su voluntad de someter el asunto concreto a la intervención del juez de Control, pidiendo el citatorio para audiencia inicial o, como en el presente caso, la orden de comparecencia. Es decir, desde este momento comienza la excitación para que el órgano jurisdiccional aplique la norma al caso concreto.

No resulta accidental que el Congreso de la Unión haya establecido con inexorable claridad los límites entre una etapa y otra del procedimiento penal, y sobre todo la frontera en la cual se tiene por iniciado el proceso, que si bien es cierto se materializa hasta la verificación de la audiencia inicial, también lo es que se precisa que desde la sola solicitud de la audiencia inicial, u orden de comparecencia, debe tenerse iniciado el ejercicio de la acción penal, para efecto de no trasladar las repercusiones en la dilación o retraso de la audiencia inicial al Ministerio Público, pero sobre todo para la víctima u ofendido, a quien le afec-

taría en su Derecho Humano de Acceso a la Justicia, y la obtención de la reparación integral del daño ocasionado por el delito.

Sería inexacto considerar que la letra de la ley no da lugar a mayor interpretación que la aplicación inevitable y taxativa del primer párrafo del artículo 114 del Código Sustantivo Estatal en materia penal. Toda vez que en realidad debe aplicarse el método de interpretación sistemático, es decir, no debemos analizar el artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua de manera aislada, sino como parte integrante del sistema del cual forma parte, de tal suerte que, con esta forma de interpretación, debemos de encontrarle sentido al artículo antes mencionado en relación con el numeral 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Ya que como lo ha explicado el tratadista Rodolfo Vigo (2017), el método sistemático aplicado a la interpretación jurídica se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad (p. 48). Lo anterior implica analizar y encontrarle sentido a una determinación legal, no solo por su texto individual sino en relación con el resto de las disposiciones contenidas, tanto en el código al que pertenece como en el resto de cuerpos normativos que existen en el sistema jurídico al que pertenece, para efecto de lograr mantener la coherencia de este.

Esta forma de interpretación y aplicación de la norma jurídica busca extraer del texto legal un significado que sea acorde con el contenido general de los ordenamientos a los que pertenece, es decir, procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte, lo que se traduce en no interpretar el contenido del artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua de manera individual, sino en conjunto con los demás preceptos que forman parte del sistema penal mexicano, tanto sustantivo como adjetivo, lo que irrefragablemente nos lleva al entendimiento del antagonismo que existe entre la obsoleta regla del artículo 114 del Código Penal chihuahuense y la nueva regulación sobre el inicio del ejercicio de la acción penal prevista en el arábigo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, debiendo prevalecer este último por las razones que más adelante se apuntarán de manera pormenorizada.

Resulta evidente que para estos mismos efectos existe la disposición que, sin margen de duda, nos indica todas las etapas del procedimiento, el inicio del proceso y de la acción penal, que acontecen en momentos diversos. Por decirlo de manera simple: el inicio del ejercicio de la acción penal comienza aun antes de que se formalice el proceso en estricto sentido; es el puente que conecta a la investigación inicial con la complementaria.

Habiéndose puesto en relieve la discrepancia que existe entre las disposiciones antes puntualizadas con la finalidad de restaurar la armonía o coherencia del sistema y la racionalidad legislativa, como lo desarrolla Anchondo Paredes (2012), en una interpretación sistemática, se pueden seguir tres reglas<sup>4</sup> (p. 44):

- a) Criterio cronológico. La norma posterior prevalece sobre la anterior. En este caso, el cuerpo normativo de más reciente generación es el Código Nacional de Procedimientos Penales, superando al Código Penal del Estado de Chihuahua, y su restrictiva disposición contenida en el primer párrafo de su artículo 114, que más bien guardaba relación directa con una disposición abrogada y superada, como lo era el numeral 278 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
- b) Criterio jerárquico. La norma superior debe sobreponerse a la inferior. En el presente caso, el criterio sobre el momento en que se inicia del ejercicio de la acción penal, y por lo tanto se deja de

computar el plazo de la prescripción, no fue delegado por el Congreso de la Unión a las legislaturas de los Estados; esa es la razón de ser del artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

- c) Criterio de especialidad. La disposición más especializada, clara y precisa prevalece sobre la general. En el presente caso, aun y cuando el aspecto material de la prescripción se encuentra especialmente delegado a la parte sustantiva del derecho penal, su impacto sobre el ejercicio de la acción penal y la interrupción de esta, deben estarse a lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Es decir, el Código Penal chihuahuense no debe imponerle al Código Nacional de Procedimientos Penales el criterio sobre el momento en que debe tenerse por iniciada la pretensión punitiva, y consecuentemente suspendida la prescripción; en este solo aspecto, por su repercusión procesal, implica que la norma especializada sobre el inicio de la acción penal sea el Código Adjetivo.

Un sistema jurídico debe tener una lógica interna, armonía y coherencia (Tardif, 2016, p. 24), que en algún momento tuvo el artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua, cuando se encontraba vigente el extinto numeral 278 del Código de Procedimientos Penales de esta

<sup>4</sup> Métodos interpretativos que sirven de solución para antinomias dentro de un sistema; se fortalece su utilidad, además de lo expuesto por el autor en cita, con el siguiente criterio publicado en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, febrero de 2010, Tesis: I.4o.C.220 C, Página: 2788, Epoca: Novena Epoca, Registro: 165344, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCION.

misma entidad. Sin embargo, la lógica del artículo 114 del CPCH se perdió cuando entró en vigor el nuevo criterio del Código Nacional de Procedimientos Penales. Una antinomia puede ser explicada como una dificultad o anomalía en el Principio de Compatibilidad que deben de cumplir las normas dentro de un sistema jurídico. Álvarez Ledesma (2010) explica como

[...] el principio de compatibilidad con que deben de cumplir las normas que conforman los sistemas jurídicos, constituye una salvaguarda de la unidad y coherencia de los ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, de dos valores instrumentales del derecho: el orden y la seguridad. [...] es claro entonces que la aplicación del derecho puede encontrar como una de sus dificultades particulares la existencia de normas contradictorias, es decir, antinomias.

Cuando para resolver un problema el juez tiene frente a sí normas contradictorias – una que prohíbe y otra que permite una misma situación – la ya difícil tarea de juzgar se complica, pues el ordenamiento resulta incoherente. El juez, como se señaló arriba, deberá hacer prevalecer una de las normas (pp. 273-273).

Por lo que la forma de resolver dicha antinomia es ponderando y haciendo prevalecer el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que, de esa forma,

se cumple con los objetivos que establece el artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; [...]

En este orden de ideas, en el razonamiento jurisdiccional podremos advertir cómo es que la prescripción encuentra su base en la seguridad jurídica, es decir, impedir que una persona se encuentre indefinidamente sujeta a investigación o persecución penal, estableciendo plazos de acuerdo con la magnitud de la pena que pudiera llegarse a imponer en un caso concreto. Sin embargo, frente a este principio de seguridad jurídica se encuentra el derecho humano de acceso a la justicia de las víctimas u ofendidos, así como el derecho a la reparación integral del daño.

Como se presenta, “[...]la ley de ponderación precisa que la intervención en un derecho fundamental solo se justifica por la importancia o peso de satisfacer otro u otros derechos fundamentales, compen-

sando la medida” (Castañeda Hernández, 2017, p. 81). En este orden de ideas, no consideramos que la figura de la prescripción deba desaparecer; por el contrario, resulta inexorable por seguridad jurídica que exista un límite temporal a la facultad persecutora del Estado. Se considera impreciso establecer que la prescripción deba seguirse computando, aun cuando el Ministerio Público haya iniciado con el ejercicio de la acción penal. Es decir, no debe incluirse dentro del plazo de la prescripción el tiempo que transcurra entre la solicitud de la audiencia inicial y la fecha en que efectivamente logra verificarse, toda vez que esto queda fuera del alcance, tanto del órgano persecutor como de la víctima u ofendido, afectando el derecho fundamental de reparación del daño y acceso a la justicia, como se abundará más adelante.

El método de interpretación histórica, aplicado a las reglas sobre la prescripción del ejercicio de la acción penal, y correlativamente el inicio de la pretensión punitiva, apoyan los argumentos esgrimidos, toda vez que esta técnica estudia los contextos o forma en que una figura jurídica se ha desarrollado a través del tiempo. Es decir, la forma en que los legisladores han abordado a lo largo de la historia una institución jurídica, sin que la juez de Control se haya percatado de que ya no existe una disposición en el Código Nacional de Procedimientos Penales que sostenga que la prescripción de la acción penal deba te-

nerse por interrumpida hasta el momento preciso y riguroso en que se tenga formalmente formulada la imputación.

Por el contrario, en una disposición especial, consciente, deliberada y direccionada a evitar estos incidentes prescriptivos, el Congreso de la Unión destacó que, aun cuando el proceso en estricto sentido comience hasta el desarrollo de la audiencia inicial, la acción penal debe tenerse por iniciada en su ejercicio desde la solicitud de la audiencia o de la orden de comparecencia, como en el presente caso la a quo soslayó de manera ilegal, aplicando irreflexiva y mecánicamente el ya superado artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua, sin considerar el espíritu del legislador nacional al regular el inicio de la acción penal.

Si se reflexiona con detenimiento no existe otra razón para que el Congreso de la Unión haya establecido el momento en que debe tenerse iniciado el ejercicio de la acción penal que el de tener por interrumpida la prescripción de esta. De no ser así, hubiese bastado con indicar en qué momento se iniciaba el proceso en estricto sentido, es decir, con el desarrollo de la audiencia inicial, y de esta forma seguir con la inercia consistente en que la prescripción de la acción solo se interrumpía con la formulación de imputación.

Al tenor de lo establecido en el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos

Penales, la regla general, ante la ausencia de flagrancia o caso urgente, consiste en:

- a) Dirigir orden de **citación** al imputado para que comparezca a una audiencia inicial.
- b) Incumplida la orden de citación, se debe solicitar una **orden de comparecencia** para que se haga comparecer coactivamente al imputado.
- c) **Evadida la orden de comparecencia, solicitarse una orden** de aprehensión.

Los anteriores son pasos o directrices generales, que van eslabonados o concatenados unos con otros; por lo tanto, desde la primera de las solicitudes aludidas debe tenerse por iniciado el ejercicio de la acción penal y, por lo tanto, interrumpida la prescripción. Lo que no transgrede el Principio de Seguridad Jurídica, puesto que no se coloca en pendencia indefinida, o *sine die*, la acción penal al caso concreto, toda vez que el Ministerio Público ya se encuentra haciendo valer la facultad que le otorga por excelencia el arábigo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En una interpretación sistemática, y en apego al Principio de Especialidad de las Normas Sustantivas y Adjetivas, debe de considerarse que el artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua tuvo su origen armonizando con disposiciones procesales que a la fecha no se encuentran

vigentes. Por lo tanto, deben de prevalecer las reglas para el ejercicio de la acción penal que establece el numeral 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales en relación con lo establecido por el dispositivo 485 fracción VII del mismo ordenamiento.

En la siguiente tabla comparativa, se pone en evidencia de una manera más visual o ilustrativa. La colisión entre el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales tiene por ejercida la acción penal desde la solicitud de citatoria para la audiencia inicial (formulación de imputación), independientemente de que el imputado comparezca a la misma. El numeral 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua permite que se extinga la acción penal o pretensión punitiva mientras no se logre la comparecencia del imputado ante el juez, lo que provoca un conflicto, ya que una facultad ya ejercida —como la acción penal— no debe tenerse por prescrita. Asimismo, se incluye un comparativo de los numerales 92 del Código Sustantivo y 485 del Código Adjetivo, toda vez que ambos pretenden regular las causas de extinción de la acción penal o pretensión punitiva de la siguiente manera:

Código Penal del Estado de Chihuahua, que guardaba coherencia con el extinto artículo 278 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

Código Nacional de Procedimientos Penales, que no sigue el criterio del artículo 278 del abrogado CPPCH, y precisa el momento en que debe tenerse iniciada la acción penal.

**Artículo 114. Interrupción de la prescripción**

La prescripción de la pretensión punitiva se interrumpe con la aprehensión del imputado o su comparecencia ante la autoridad judicial, si en virtud de la misma queda a su disposición. El plazo de prescripción volverá a correr, a partir del día en que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, si se encuentra privado de libertad. Fuera de esta circunstancia, volverá a correr en un plazo igual al de la medida cautelar impuesta; si la misma no estuviera determinada en tiempo, será en un plazo de cuatro meses. Si no se hubiese decretado medida cautelar, el plazo volverá a correr a partir de su última comparecencia ante la autoridad que procesalmente lo tuviera a su disposición.

**Artículo 211. Etapas del procedimiento penal**

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:  
**I.** La de investigación, que comprende las siguientes fases:  
**a)** Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e  
**b)** Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;  
 [...]
 

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. **El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia,** con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación. El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.

**Artículo 92. Causas de extinción**

La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, se extinguen por:  
**I.** Cumplimiento de la pena o medida de seguridad;  
**II.** Muerte del imputado o sentenciado;  
**III.** Reconocimiento de la inocencia del sentenciado;  
**IV.** Perdón del ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente;  
**V.** Rehabilitación;  
**VI.** Conclusión del tratamiento de inimputables;  
**VII.** Indulto;  
**VIII.** Amnistía;  
**IX.** Prescripción;  
**X.** Supresión del tipo penal;  
**XI.** Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos; y  
**XII.** Las demás que se establezcan en la ley.

**Artículo 485. Causas de extinción de la acción penal**

La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguirán por las siguientes causas:  
**I.** Cumplimiento de la pena o medida de seguridad;  
**II.** Muerte del acusado o sentenciado;  
**III.** Reconocimiento de inocencia del sentenciado o anulación de la sentencia;  
**IV.** Perdón de la persona ofendida en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente;  
**V.** Indulto;  
**VI.** Amnistía;  
**VII.** Prescripción;  
**VIII.** Supresión del tipo penal;  
**IX.** Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso instaurado por los mismos hechos, o  
**X.** El cumplimiento del criterio de oportunidad o la solución alterna correspondiente.

**Fuente:** (izquierda) Código Penal del Estado de Chihuahua; (derecha) Código Nacional de Procedimientos Penales.

En esta tesitura, se puede puntualizar que la parte sustantiva se especializa en la definición de la figura jurídica de la prescripción, pero no se especializa ni debe

prevalecer en la regulación de la pretensión punitiva, en particular respecto del momento en que debe tenerse por iniciado su ejercicio y sus formas de extinción,

por lo que consideramos que deben prevalecer los numerales 211 y 485 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

**Notas conclusivas**

Una antinomia es una anomalía dentro de un sistema jurídico, toda vez que este último debe caracterizarse por la lógica y la coherencia entre sus normas. La existencia de normas contradictorias dentro de un sistema complica la labor jurisdiccional y puede ser un obstáculo para el acceso a la justicia. Mientras no se logre una reforma que regrese la armonía perdida por normas contradictorias, debemos auxiliarnos de métodos interpretativos, como el sistemático y sus criterios cronológicos, jerárquico y de especialidad.

El artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua genera un conflicto con el numeral 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, toda vez que el primero permite que la acción penal prescriba, aun cuando ya ha sido ejercida en los términos del último de los ordinales mencionados. Por lo que el Código Penal chihuahuense debe ser reformado con la finalidad de guardar coherencia y precisar que la prescripción de la acción penal, se suspenderá desde el momento en que el Ministerio Público la ejerce en los términos del Código procesal de la materia, es decir, cuando solicita citatorio para la audiencia inicial, orden de comparecencia, aprehensión o, en su caso, con la puesta

a disposición del detenido, y no hasta el momento en que se verifica la audiencia inicial, en particular la formulación de imputación.<sup>5</sup>

Determinar que la acción penal puede prescribir, aun cuando ya se ha ejercido, afecta al derecho humano de acceso a la justicia de las víctimas u ofendidos del delito. Por lo tanto, el primer párrafo del artículo 114 del Código Penal del Estado de Chihuahua debe reformarse para especificar que una vez ejercida la acción penal, deberá de dejarse de computar el plazo prescriptivo, que volverá a correr solamente en caso de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

La propuesta de reforma antes puntualizada fortalece el derecho humano de acceso a la justicia para las víctimas u ofendidos con un enfoque preferencial para lograr la reparación integral del daño y respeta el derecho fundamental del im-

<sup>5</sup> Infortunadamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación aún no se ha pronunciado sobre este problema, ya que solo existe un muy reciente criterio aislado que emana de los Tribunales Colegiados de Circuito, que si bien es cierto no resulta obligatorio, también lo es que orienta en el caso concreto y confirma la postura que expone este autor en el presente artículo: Epoca: Décima Epoca, Registro: 2021386, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 74, Enero de 2020, Tomo III, Materia(s): Penal, Tesis: VI.2o.P.62 P (10a.), Página: 2629. **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. EL COMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE SE INTERRUMPE POR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, QUE DA INICIO SÓLO EN CUALQUIERA DE LAS HIPÓTESIS DEFINIDAS EN EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y NO CON LA SOLICITUD DE AUDIENCIA PARA DIRIMIR LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE CONTROL.**

putado para ser oído y vencido en juicio. Así como el Principio de Seguridad Jurídica, ya que no se incluye en el plazo de la prescripción todo el tiempo que demore el tribunal en programar la audiencia inicial una vez que ha sido solicitada por el Ministerio Público ni tampoco el tiempo que se pueda perder por dilaciones que se encuentren fuera del alcance de la víctima o del órgano persecutor.<sup>6</sup>

## Referencias

### Bibliográficas

- Álvarez Ledesma, M. I. (2010). *Introducción al Derecho* (2.ª ed.). McGraw-Hill.
- Castañeda Hernández, M. (2017). *El principio pro persona ante la ponderación de derechos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Sirve de apoyo para este argumento el contenido del siguiente criterio que emana de los Tribunales Colegiados de Circuito, que si bien no es jurisprudencia, resulta orientador en la especie: Epoca: Décima Epoca, Registro: 2004056, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: VIII.1o.(X Región) 1 P (10a.), Página: 1522. **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. EL ARTICULO 171, ÚLTIMO PARRAFO, DEL CODIGO PENAL DE COAHUILA, VIGENTE HASTA EL 17 DE MAYO DE 2013, AL ESTABLECER QUE NO SE INTERRUMPIRA NI SE SUSPENDERA CON SU EJERCICIO, NI CON LA PETICIÓN DE ORDEN DE APREHENSION O DE COMPARECENCIA, ES INCONVENIENTE POR INFRINGIR LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LOS ARTICULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS** —se recomienda dar lectura íntegra al presente criterio.

- García Ramírez, S., & Islas de González Mariscal, O. (2015). *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Leguizamón Ferrer, M. E. et al. (2015). *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*. UBIJUS.
- Martínez Morales, R. (2014). *Diccionario Jurídico Contemporáneo*. Iure Editores.
- Pereznieto Castro, L. (2019). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Tirant lo Blanch.
- Rivera Silva, M. (2005). *El procedimiento penal* (34.ª ed.). Porrúa.
- Tardif, É. (2016). *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado* (p. 24). Limusa.
- Vela Treviño, S. (1990). *La prescripción en materia penal*. Trillas.
- Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch.

### Hemerográficas

- Anchondo Paredes, V. E. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*, 16, 44.

### Legislativas

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal del Estado de Chihuahua.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.2>

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN<sup>1</sup>

FECHA DE RECEPCIÓN: 17 de noviembre 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27 de enero 2021

## CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DELITO CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD, PROPORCIONALIDAD Y DIGNIDAD

Construction of a Constitutional Concept of Crime based on the Principles of Non-Vagueness, Proportionality and Dignity

### Resumen

El artículo tiene como objetivo central proponer un concepto constitucional de delito construido con base en los principios constitucionales de taxatividad, proporcionalidad y dignidad de la persona. Este concepto es pertinente en el marco del diálogo entre la dogmática penal y constitucional que ocurre en el proceso actual de constitucionalización del ordenamiento. La metodología emplea el método sistemático, cuya aplicación permite relacionar los principios desarrollados por la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las categorías penales generadas por la Teoría del Delito. El empleo del método sistemático conduce a identificar que las tres categorías de análisis de la Teoría del Delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) tienen como correlatos constitucionales los principios de taxatividad, proporcionalidad y dignidad con los cuales forman parejas inseparables. Este estudio es original, porque no se encuentra en la doctrina penal nacional una exposición explícita de esas parejas. Se concluye proponiendo que un delito desde la perspectiva constitucional es toda conducta que reúne tres cualidades: es antijurídica, porque agrede un bien protegido constitucionalmente, de modo que su punición respeta la proporcionalidad; es típica, porque encuadra en un tipo penal definido taxativamente; y es culpable, porque es ejecutada libremente por una persona a la que se le reconoce dignidad.

Palabras clave: Teoría del Delito; tipicidad; proporcionalidad; culpabilidad.

### Abstract

The general purpose of the article is to propose a constitutional concept of crime based on the constitutional principles of non-vagueness, proportionality and person's dignity. This concept is pertinent within the framework of the dialogue between criminal law and constitutional law. This dialogue occurs in the current process of constitutionalization of the system. The methodology uses the systematic method to relate the principles developed by the constitutional interpretation of the Mexican Supreme Court with the categories

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Candidato a Investigador Nacional en el Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; rfonsecal@derecho.unam.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0076-9576>.

developed by the Theory of Crime. The use of systematic method leads to identify that the three categories of analysis of the Theory of Crime (criminal definition, unlawfulness and culpability) have as constitutional correlates the principles of non-vagueness, proportionality and dignity, with which they form inseparable pairs. This study is original because an explicit exposition of these couples is not found in the national criminal doctrine. The conclusion proposes that a crime from the constitutional perspective is any conduct that has three qualities: it is unlawful because it attacks a constitutionally protected value, so its punishment respects proportionality; it is illegal because it fits into a specifically defined crime; and it is guilty-minded because it is freely executed by a person to whom dignity is recognized.

**Keywords:** Theory of Crime; criminal definition; proportionality; culpability.

### Introducción

La relación entre derecho penal y la Constitución ha sido evidente desde los orígenes del Estado contemporáneo. En el ascenso del constitucionalismo liberal durante el siglo XVIII, la garantía de los derechos del hombre y la división de poderes son objetivos que resultan inseparables de la legitimación y limitación del poder punitivo. El ideario recogido por Beccaria (2015) de un derecho penal sujeto a la legalidad, a la necesidad de la pena y libre de tormentos cristaliza en los principios y garantías penales de los documentos fundantes del constitucionalismo, como la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y el *Bill of Rights* estadounidense.

Esta relación entre derecho penal y la Constitución es un tema ampliamente establecido en la literatura jurídica. Por un lado, poniendo énfasis en el texto constitucional, la doctrina se ha ocupado del estudio de las decisiones en materia criminal previstas en el articulado del texto fundamental, que tienen la forma de derechos,

garantías y límites para el poder punitivo del Estado, y conforman lo que García Ramírez (2019) denomina “sistema penal constitucional” (p. 145). El estudio de estas decisiones, se ha denominado por autores como Ojeda Velázquez (2005) y Hernández-Romo Valencia (2020) como *Derecho constitucional penal*.

Por otro lado, poniendo énfasis en el estudio de la parte general del derecho penal, la dogmática ha estudiado el desarrollo de los principios penales —como intervención mínima o proporcionalidad—, que implícita o explícitamente pueden desprenderse de los preceptos constitucionales. Estos principios conforman lo que Arroyo Zapatero (1987) y Aguado Correa (1999), entre otros, denominan “programa penal de la Constitución”, cuyo estudio se identifica como *Derecho penal constitucional* (Quintero Olivares & Jaria i Manzano, 2015). Como es claro, ambos enfoques son complementarios.

El presente artículo se enmarca en este diálogo entre la dogmática penal y constitucional, yendo más allá de las aserciones comunes sobre los principios constitucionales del sistema penal, que se exponen al estudiar los derechos y garantías penales o al comienzo de un curso de la parte general del derecho penal. El método aplicado es el sistemático, que permite relacionar los principios acuñados por la interpretación constitucional con las categorías de la Teoría del Delito. Esta sistematización

de la relación entre los principios constitucionales y el delito conduce a la proposición de lo que otra doctrina (Vives Antón, 1996, pp. 92 y ss.; Carbonell Mateu, 1999, pp. 21 y ss.) ya ha identificado como “concepto constitucional de delito”.

De este modo, el método sistemático lleva a establecer las interrelaciones entre los principios identificados por la interpretación constitucional y las categorías de la Teoría del Delito. A partir de esta sistematización, se construye el concepto identificando los aspectos comunes a todo objeto que, a la luz de la interpretación constitucional, ha de contar como delito en el sistema jurídico mexicano. Este “concepto constitucional de delito”, en el marco de la constitucionalización de todo el ordenamiento que se vive en la actualidad, cobra particular relevancia, pudiendo, incluso, tenerse en cuenta en las decisiones operativas y en la argumentación de casos concretos. Esta perspectiva no ha de sustituir, sino controlar, la delimitación del concepto jurídico-penal de delito.

### Constitucionalización de la Teoría del Delito

En la doctrina constitucional contemporánea, se admite de manera generalizada que los sistemas jurídicos del mundo europeo continental y latinoamericano han experimentado en las últimas décadas un proceso de “constitucionalización” (Guastini, 2001, pp. 153 y ss.; Comanducci, 2009; Car-

bonell, & Sánchez Gil, 2011; Ortega García, 2013). Esta constitucionalización del ordenamiento jurídico ha abarcado al derecho penal, como ha estudiado Cote-Barco (2008), impactando en la comprensión de conceptos penales fundamentales como el de bien jurídico (Alonso Álamo, 2009) o promoviendo la interpretación de los tradicionales principios limitantes del *ius puniendi* (*ultima ratio*, intervención mínima u ofensividad), de acuerdo con las categorías estructurales puestas en boga por las teorías principialistas del neoconstitucionalismo, como hace Fernández (2019).

Evidentemente, el texto de la Constitución no define qué es un delito.<sup>2</sup> Inclusive, puede sostenerse que a la Constitución de ninguna manera le corresponde definir qué es un delito. Sin embargo, a partir de la Constitución sí pueden reconstruirse las pautas para el control de lo que se puede definir como delito en el sistema. Esta reconstrucción la realiza la jurisprudencia constitucional que propiamente puede no hacer dogmática penal, pero sí establece conceptos que necesariamente han de influir en la doctrina nacional. Esto es así porque esos conceptos de origen jurisprudencial, en tanto desarrollan principios

<sup>2</sup> Sin embargo, el texto constitucional sí menciona dos de las categorías de análisis de la Teoría del Delito en los artículos 19 y 20. Ahí se menciona el “tipo penal”, que remite a la categoría de la tipicidad, y la “culpabilidad”, que remite por supuesto a ese aspecto. Esto se complementa con los numerales 14 y 16 constitucionales. Se agradece a uno de los dictaminadores del artículo por esta observación.

propios del catálogo de derechos constitucionales, resultan de aplicación obligatoria en todas las ramas del derecho y por todas las autoridades, según la reforma al artículo 1º constitucional de 2011. De este modo, en México, tras 2011, una Teoría del Delito que pretenda ser adecuada al derecho nacional, necesariamente ha de incorporar esos principios constitucionales de desarrollo jurisprudencial.

Como es bien sabido, la Teoría estándar del Delito desarrollada por la dogmática penal ha construido un modelo que analiza el concepto de delito en tres categorías básicas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De acuerdo con un método sistemático, estas categorías se “constitucionalizan” cuando su contenido se pone en relación con lo que constitucionalmente implica cada una. De esta manera, el desarrollo de esta Teoría del Delito “constitucionalizada” relaciona las categorías penales con los conceptos y principios desarrollados por la interpretación constitucional del máximo tribunal del país. Este procedimiento, que enriquece la dogmática penal con la perspectiva de la dogmática constitucional, propone la construcción de conceptos constitucionales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estos conceptos resultan ser robustecidos, en tanto cuentan con el respaldo de la fuerza normativa de la Constitución.

Este desarrollo es de importancia, porque construir este modelo de Teoría del

Delito constitucionalizada es útil para confrontar algunos de los principales desafíos que enfrenta la Teoría del Delito contemporánea. Entre estos desafíos están, por un lado, las críticas desde puntos de vista externos a la dogmática, que ponen en entredicho o niegan abiertamente la utilidad científica de la Teoría del Delito, además de denunciar que los conceptos de la parte general funcionan en el discurso jurídico como meras racionalizaciones. Entre estos desafíos están, por ejemplo, los comentarios deterministas contra el concepto material de culpabilidad inspirados en las neurociencias que, como reseña Feijoo Sánchez (2012), al pretender explicar todo proceso mental en términos biológico-causales, niegan la capacidad de libertad del ser humano y, con ella, la posibilidad de responsabilizar a los sujetos de sus actos (pp. 215 y ss.). Igualmente, la negación desde distintas perspectivas empíricas de las funciones preventivas de la pena. También, el llamado abierto a abandonar la Teoría del Delito que llegó a formular un pragmatismo procesal malentendido durante el tránsito al sistema acusatorio (Dondé Matute, 2012).

Paralelamente, se considera que la constitucionalización de los conceptos de la Teoría del Delito es una vía pertinente para contener el principal desafío a la teoría que se plantea desde el punto de vista interno. La deriva hacia un funcionalismo normativista radical, que hace a un lado

las cuestiones sustantivo-valorativas que tradicionalmente han atañado al derecho penal de herencia liberal, para sostener como propósito central de la pena la garantía de la “identidad normativa” de la sociedad (Jakobs, 1996, p. 15; 2004, p. 75).

Frente a ese normativismo, las posiciones plausibles en la dogmática penal contemporánea se inclinan por sostener que los fines del sistema de derecho penal deben coincidir con los de la política criminal en un Estado de derecho. De modo que la propia dogmática del delito debe empaparse de las decisiones valorativas propias de esa política, como proponen Roxin (2000, p. 49) o Cruz Bolívar (2001). Esta política criminal, como es claro, debe, a su vez, inscribirse en los fines básicos del Estado de derecho constitucional, que son la protección y garantía de los derechos declarados constitucionalmente. Esta necesaria correlación entre los fines del sistema penal y los del constitucional, mediando la política criminal, da las bases para la constitucionalización de las categorías del derecho penal; que no es otra cosa más que su completa determinación con base en una perspectiva sistemática conforme con la Constitución.

No se trata aquí únicamente de hacer manifiesta la obviedad de que el derecho penal no puede ir en contra del derecho constitucional. Más bien, se trata de afirmar que la propia Constitución ha de ser el fundamento sustantivo y material del de-

recho penal (Donini, 2001; Durán Migliardi, 2013), así como del método y sentido de la dogmática (Arroyo Zapatero, 1987, p. 99; Carbonell Mateu, 1999). De esta manera, el contenido del derecho penal y procesal no solo ha de verse limitado por las normas constitucionales y su interpretación, sino que también debe encontrar, según Quintero Olivares & Jaria i Manzano (2015), un “anclaje positivo” en la Constitución, de modo que las normas constitucionales continúen y se desplieguen en el derecho penal (p. 8).

### **Parejas conceptuales en la Teoría constitucional del Delito**

El desarrollo de la propuesta de sistematización aquí planteada parte de identificar que las tres categorías centrales de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) tienen como correlatos constitucionales los principios de taxatividad, proporcionalidad y dignidad, según ya ha sido sugerido por Rodríguez Mourullo (2003). En la teoría del delito constitucional, estas nociones forman parejas que resultan inseparables. A continuación se hará una revisión mínima del contenido de cada una de estas parejas, cuyo desarrollo sistemático se echa en falta en la doctrina nacional.

### **Tipicidad-Taxatividad**

La pareja tipicidad-taxatividad es, probablemente, la más familiar para la dogmática penal nacional, en tanto surge del propio Principio de Legalidad Penal: la máxima liberal de que no hay pena ni delito sin ley o *nullum crimen nulla poena sine lege* (Inzunza Cázares, 2009, pp. 29 y 62). La doctrina coincide en señalar que el Principio de Legalidad abarca cuatro componentes básicos: reserva de ley escrita (*lex scripta*); taxatividad o mandato de determinación (*lex certa*); irretroactividad (*lex praevia*) y prohibición de analogía (*lex stricta*) (Bacigalupo, 1999, pp. 44-45; Inzunza Cázares, 2009, pp. 65 y ss.). En específico, la taxatividad requiere que las leyes que establezcan delitos y penas deben cumplir determinadas cualidades, como la completitud, la precisión y la claridad.

Al respecto, Ferrajoli (1995) sugiere que la taxatividad dispone para el legislador penal tres mandatos: a) emplear términos de “extensión determinada” para las descripciones de las figuras delictivas, de modo que puedan emplearse “como predicados «verdaderos de los» hechos empíricos por ellos denotados”; b) emplear “palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible”, de modo que pueda ser “connotada su intención”; y c) eliminar “las antinomias semánticas” del texto legal o, en último caso, prever “normas para su solución” (p. 121). En sentido similar, se

apunta que el principio de “máxima taxatividad legal” obliga a que la “criminalización primaria” se realice “con la mayor precisión técnica posible”, evitando, por ejemplo, la remisión a “conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002, pp. 116-117).

La jurisprudencia constitucional mexicana ha desarrollado ampliamente este Principio de Taxatividad en sus decisiones, derivando la exigencia de taxatividad de la garantía de estricta legalidad en materia penal que se señala en el artículo 14 del texto constitucional. La doctrina consolidada al respecto, se ha expresado recientemente, por ejemplo, en la sentencia del Pleno a la Acción de inconstitucionalidad 51/2018, que controvierte diversas disposiciones penales de San Luis Potosí, que criminalizan la conducción imprudente de vehículos por el empleo de distractores (teléfonos celulares). En el Considerando Quinto de la sentencia, se define el principio, lo que por su importancia se transcribe:

En materia penal, existe una exigencia de racionalidad lingüística que es conocida precisamente como principio de taxatividad. Este principio constituye un importante límite al legislador penal en un Estado democrático de derecho en el que subyacen dos valores fundamentales: la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del derecho. Se traduce en un auténtico deber constitucional del

legislador según el cual está obligado a formular en términos precisos los supuestos de hecho de las normas penales. En otros términos, el principio de taxatividad puede definirse como la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas (Acción de inconstitucionalidad 51/2018).

Teniendo en cuenta la distinción teórica generalizada actualmente entre las “reglas” y los “principios” (Alexy, 1993, pp. 86-87), la jurisprudencia constitucional ha tendido a interpretar la taxatividad como un principio, es decir, como una norma cuyo cumplimiento admite grados. En tal sentido, en el mismo Considerando Quinto de la Acción de inconstitucionalidad señalada, se establece que:

La precisión de las disposiciones es una cuestión de grado; por ello, lo que se busca con este tipo de análisis no es validar las normas si y sólo si se detecta la certeza absoluta de los mensajes del legislador, ya que ello es lógicamente imposible, sino más bien lo que se busca es que el grado de imprecisión sea razonable, es decir, que el precepto sea lo suficientemente preciso como para declarar su validez, en tanto se considera que el mensaje legislativo cumplió esencialmente

su cometido dirigiéndose al núcleo esencial de casos regulados por la norma [...] el otro extremo sería la imprecisión excesiva o irrazonable, es decir, un grado de indeterminación tal que provoque en los destinatarios confusión o incertidumbre por no saber a ciencia cierta cómo actuar ante la nueva norma jurídica; la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del derecho, se insiste, son los valores subyacentes al principio de taxatividad (Acción de inconstitucionalidad 51/2018).

El contenido del Principio de Taxatividad ha sido también desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, en la cual se vinculan estrechamente los Principios de Legalidad Penal, Tipicidad y Taxatividad. En tal sentido, en la sentencia del Caso Usón Ramírez, se recuerda que:

la Corte ha declarado en su jurisprudencia previa que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales [...] Así, la tipificación de un delito

debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa, más aún cuando el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, teniendo en cuenta que el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano (Párr. 55).

La pareja tipicidad-taxatividad tiene bastante impacto en la práctica. La mayoría de las discusiones sobre la constitucionalidad de los tipos penales generalmente se reconducen al ámbito de la taxatividad. Por ejemplo, se pueden mencionar las decisiones del Pleno sobre la inconstitucionalidad del delito de ultrajes a la autoridad, antes previsto en el artículo 287 del Código Penal para el Distrito Federal. En estas sentencias, por la indefinición e indeterminación del verbo “ultrajar”, el Pleno consideró que en el tipo “no quedaban debidamente definidos cuáles actos o conductas (palabras, gestos o hechos) que causan un agravio, propio del ultraje, rebasan el umbral necesario para ser sancionados” (Amparo Directo en Revisión 2255/2015; Amparo Directo en Revisión 4436/2015).

De esta manera, la Teoría del Delito constitucional no puede entender la tipicidad sin la taxatividad. Solo hay tipicidad cuando hay taxatividad. Algo no puede ser delito en el sistema constitucional si su tipicidad es no taxativa, es decir, si su tipo penal muestra características como

la indeterminación o la imprecisión en un grado excesivo o irrazonable.

### **Antijuridicidad-Proporcionalidad**

De manera general, la Teoría del Delito sostiene que la antijuridicidad en sentido material de una conducta deviene de su dañabilidad; de que lesiona o pone en peligro un bien jurídico de manera significativamente intolerable. La exigencia de antijuridicidad material supone un límite al poder punitivo, porque solo habilita la imposición de pena cuando la conducta que se juzga presenta ese carácter lesivo: compromete sensiblemente un bien jurídico protegido; además, ha de hacerlo de manera injusta. Si la conducta no lastima ningún bien, o aun haciéndolo aparece como justificada, resulta ilegítima su sanción.

En el elenco de los principios constitucionales esta idea de antijuridicidad se relaciona con el Principio de Proporcionalidad, que según enseña la dogmática constitucional tiene que ver básicamente con lo que Aguado Correa (1999), entre otros, identifica como “la prohibición del exceso” de parte del poder. Se admite que el poder público puede restringir bienes e intereses protegidos, como derechos de las personas; incluso, privar de su goce. Sin embargo, esas restricciones solo pueden hacerse en la medida estrictamente necesaria cuando sean indispensables para alcanzar otro fin legítimo. Esa es la idea básica de la proporcionalidad. Dado

que el ejercicio del poder punitivo conlleva restricciones y puede conducir a privaciones de derechos de las personas, en los distintos momentos de su despliegue también debe ejercerse de modo proporcional.

Este Principio constitucional de Proporcionalidad o Prohibición del Exceso tiene distintos acomodos en la Teoría del Delito. Además de relacionarse intrínsecamente con la categoría de antijuridicidad y las causas de justificación, como se ha mencionado antes, aparece como un límite al programa de criminalización legislativo, ámbito en el cual se le relaciona con el Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos (Alonso Álamo, 2009, p. 70). Igualmente, tiene acomodo en los momentos de determinación legislativa y de individualización judicial de la pena, escenarios en los que se habla de proporcionalidad de la pena o simplemente de proporcionalidad en sentido estricto (Aguado Correa, 1999; Cote-Barco, 2008). Más aún, en la doctrina penal constitucionalizada se observa una tendencia a “aglutinar” los tradicionales principios y límites del *ius puniendi* bajo el concepto del “principio de proporcionalidad en sentido amplio”, según lo entiende la dogmática de los derechos fundamentales (Fernández, 2019, pp. 181-182).

La proporcionalidad, en sentido amplio, es la idea de proporcionalidad que se relaciona con los escrutinios de razonabilidad y constitucionalidad que los órganos de

justicia constitucional han venido utilizando en las últimas décadas. La idea de proporcionalidad sugiere un límite que asegura la supremacía de los derechos constitucionales; este límite, recuerda Sánchez Gil (2017), se basa en la ya mencionada “prohibición de exceso en el ejercicio del poder”, según la cual, cuando la acción estatal requiere restringir un bien que es contenido de un derecho fundamental, esto ha de hacerse “solo en la medida estrictamente indispensable” para alcanzar otro fin legítimo (p. 20).

Como es bien conocido, en la jurisprudencia constitucional mexicana la versión más sofisticada del escrutinio o Test de Proporcionalidad se desarrolla en las sentencias de la Primera Sala, por ejemplo, en los amparos 237/2014 y sucesivos relativos al uso lúdico de *cannabis sativa*. En dichas decisiones se propone un análisis de constitucionalidad de toda medida legislativa que valora progresivamente cuatro aspectos: a) constitucionalidad de los fines perseguidos; b) idoneidad; c) necesidad; y d) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Amparo en revisión 547/2018). Este escrutinio está influenciado por el modelo ponderativo desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina alemanas con la formulación de Alexy (1993) como la más conocida, basada en su concepto de principios como “mandatos de optimización”, cuyos conflictos han de resolverse atendiendo a las pautas de la

“ley de colisión” (pp. 86, 89 y 90) o “ley de ponderación” (2016, pp. 1-11).

Hay que señalar que la propia Primera Sala ha planteado una distinción entre dicho Principio de Proporcionalidad en sentido amplio, según se entiende en el ámbito de los derechos fundamentales, y el Principio de Proporcionalidad de la pena, previsto en el artículo 22 constitucional. En diversas tesis aisladas, que se derivan del Amparo Directo en Revisión 85/2014, la Primera Sala plantea una interpretación sectorizada de lo que se entiende por proporcionalidad, al señalar que:

El término “proporcionalidad” es ambiguo, ya que puede predicarse del test de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, o de las penas, en términos del artículo 22 constitucional. Así, en el primer caso, lo que se analiza es una relación entre principios [cuyos conflictos] deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad [...] En cambio, en el caso de la proporcionalidad de penas, regularmente se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional), con la finalidad de determinar si aquella -la regla- satisface o no la exigencia del principio constitucional; concretamente, si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado. En estos casos, es posible

adoptar cualquier metodología encaminada a la justificación exigida por el artículo 22, dejando fuera, naturalmente, un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, dado que en este tipo de casos no se está ante la colisión de dos principios (Tesis 1a. CC-CIX/2014, 10a.).

Como se aprecia, la Primera Sala parece confundir una parte (la interpretación específica de la proporcionalidad que configura una metodología de escrutinio o test para resolver conflictos entre principios constitucionales) con el todo (el Principio de Proporcionalidad en sentido amplio entendido como prohibición del exceso en el ejercicio del poder). De ahí que sostenga que, al discutir sobre la medida de la pena, no puede hablarse de escrutinio de proporcionalidad, porque no hay “colisión entre principios”. Cabe añadir que en esta decisión la Primera Sala reorienta su propia doctrina sobre el tema, que había expuesto pocos años antes en la sentencia del Amparo Directo en Revisión 181/2011. Precisamente, en las tesis aisladas derivadas de esta decisión de 2011 se asume la posición que luego se va a objetar en 2014, pues se valora la proporcionalidad de la pena del delito de secuestro exprés haciendo un análisis con base en las gradas del Test de Proporcionalidad, como legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Tesis:

1a. CCXII/2011, 9a.; Tesis: 1a. CCXIII/2011, 9a.; Tesis: 1a. CCXI/2011, 9a.; Tesis: 1a. CCX/2011, 9a.).

Al margen de estos vaivenes en la jurisprudencia de la Primera Sala, para los fines de esta exposición se considera necesario partir del sentido primario de la proporcionalidad como “prohibición del exceso”. En este sentido, no existe esa separación entre proporcionalidad penal y en materia de derechos fundamentales; al contrario, como ilustra Aguado Correa (1999), la idea de proporcionalidad nace en el derecho penal de la Ilustración y de ahí pasa durante el siglo XIX europeo al derecho de policía y a otros ámbitos del derecho administrativo hasta asumirse como “principio general del Derecho público” y después como “principio general del ordenamiento jurídico”. Es este el mismo Principio de Proporcionalidad, de origen penal, que es configurado ya en el siglo XX por el Tribunal Constitucional alemán, desde donde influye a Hispanoamérica.

De esta manera, para la Teoría del Delito constitucional, más que separar, lo que ha de hacerse es caracterizar la dimensión del Principio de Proporcionalidad que interesa, según si la incorporación del principio se hace en relación con la antijuridicidad o la punibilidad. En ambos escenarios, la proporcionalidad implica la medida de lo que resulta justo realizar, al ejercer el *ius puniendi*, en un Estado de derecho constitucional. Esta medida alude al qué tanto

se debe criminalizar, limitando la libertad general de los ciudadanos, y al qué tanto se debe punir, limitando las libertades concretas de un ciudadano determinado, para alcanzar los fines constitucionalmente legítimos de un derecho penal orientado a la prevención general y especial. Este derecho a la libertad general, caracterizado desde la perspectiva de Alexy (1993) como una norma fundamental permisiva según la cual “toda acción (hacer u omisión) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional” (p. 337), se protege en el régimen constitucional mexicano, según ha expresado la Primera Sala, como un bien “genérico”, caracterizado como “la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros” (Amparo en revisión 547/2018).

La criminalización, la creación de cualquier tipo penal, es una medida legislativa que implica restricciones a dicha libertad de la persona. En esa medida, el estudio constitucional de la proporcionalidad exige esclarecer desde el primer momento cuál es la finalidad que el legislador persigue con la criminalización de una determinada conducta. Esa finalidad, ha sostenido la dogmática penal, ha de ser la tutela de un bien jurídico. Este postulado de la protección de bienes jurídicos, se revaloriza cuando la Teoría del Delito constitucional muestra que la protección de un bien jurídico no es una mera raciona-

lización, sino un mandato constitucional que debe reclamarse en cada caso típico y puede conducir a la inconstitucionalidad del tipo penal cuando se incumple.

Las pautas del análisis constitucional de proporcionalidad indican que puede ser finalidad legítima la protección de valores, intereses, bienes o principios. Dado esto, cada uno de los objetos valiosos para el derecho que la dogmática penal ha denominado bienes tutelados, para ser legítimos constitucionalmente, habrían de encontrar correlato con algún bien o valor congruente con el marco constitucional. De este modo, si no hay bien jurídico con anclaje constitucional en el fondo del tipo penal, la criminalización deviene en un ejercicio de poder inconstitucional. En un caso así, aun siendo típica, esa conducta no podría considerarse un delito en el sistema constitucional.

En un nivel posterior, identificado ese bien, aparece que la vía de protección tendría que ser necesaria; es decir, tendría que ser indispensable, de modo que no existan otras medidas alternativas igualmente idóneas que puedan afectar en menor grado la libertad de la persona. Si hay otras medidas, el ejercicio de poder punitivo deviene innecesario y, por tanto, ilegítimo. Eso es precisamente lo que se encuentra en los argumentos de la Primera Sala sobre la inconstitucionalidad de la prohibición penal absoluta del consumo de *cannabis sativa* (Tesis: 1a./J 10/2019,

10a.). A juicio de la Primera Sala, en esos casos hay otras medidas legislativas que podrían proteger los bienes involucrados, sin intervenir ni limitar con tanta intensidad en el derecho a la libertad de las personas, como lo hace la prohibición absoluta y la criminalización.

La jurisprudencia de la Primera Sala aparece influenciada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha empleado la estructura de la proporcionalidad para evaluar el apego a la Convención Americana de tipos penales nacionales, particularmente cuando el ámbito de lo sancionado penalmente representa una restricción a la libertad de expresión. Así, en la ya citada sentencia del Caso Usón Ramírez, se estudian sucesivamente respecto del tipo penal controvertido: la “finalidad legítima de acuerdo con la Convención”, la “idoneidad [...] para lograr la finalidad perseguida”, la “necesidad” y, finalmente, la “estricta proporcionalidad de la medida” (Párrs. 49, 59 y ss.).

De esta manera, el análisis de proporcionalidad ofrece una estructura argumentativa que permite reclamar la inconstitucionalidad de la criminalización en un sentido sustantivo o material por la falta de identificación de un bien jurídico, cuya protección justifique el ejercicio del poder punitivo. Asimismo, aun existiendo un bien jurídico constitucional involucrado, la estructura argumentativa de la proporcionalidad permite reclamar la inconsti-

tucionalidad del tipo penal cuando la criminalización resulta innecesaria.

En relación con esto, cabe referir que la sentencia del Pleno a la Acción de inconstitucionalidad 51/2018, antes mencionada, declara la invalidez de las normas penales controvertidas precisamente porque no se cumplen con exigencias relacionadas con la proporcionalidad. Aunque la argumentación del Pleno en esta decisión no menciona expresamente el concepto de proporcionalidad en sentido amplio, sí se presentan razones claramente relacionadas con este, como la idea de que la sanción penal debe ser la *ultima ratio* del Estado, e imponerse solo cuando resulta absolutamente necesaria. Textualmente, se señala en el Considerando Quinto:

El poder punitivo sólo debe ejercerse en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Por ello, debe constatar la existencia de una absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales [...] El principio de mínima intervención implica que el derecho penal debe ser el último recurso de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. De ahí que la intervención del derecho penal en la vida social debe reducirse a

lo mínimo posible. Dicho principio también denominado de ultima ratio, implica que las sanciones penales se deben limitar al círculo de lo indispensable, de manera tal que el castigo para las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se han considerado dignos de protección, se restrinja a aquellas modalidades de ataque más peligrosas [...] la criminalización de un comportamiento humano debe ser la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer. Se entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales (Acción de inconstitucionalidad 51/2018).

Estos planteamientos coinciden con la doctrina llamada garantista; así, Ferrajoli (1995) apunta que “el principio de necesidad exige que se recurra a [la intervención punitiva] sólo como remedio extremo [porque] es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos” (p. 465). De esta manera, la criminalización controlada por la proporcionalidad —particularmente por la exigencia estricta de absoluta necesidad de la pena— parte de la tesis de que toda figura típica implica una

restricción a los derechos de libertad de la persona. En ejercicio de la libertad, cada individuo puede determinarse a realizar su plan de vida bajo la previsión, propia de la vida en sociedad, de que si encamina sus actos a afectar de manera injusta los bienes básicos de la vida social protegidos por la Constitución, es decir, si actúa anti-jurídicamente en un sentido material, enfrentará una respuesta institucional que podrá privarlo de su libertad o de otros bienes. Eso es la sanción. En el Estado de derecho corresponde a los legisladores determinar cuáles son esos ejercicios de libertad injustos, que serán sancionados. Sin embargo, en el Estado constitucional contemporáneo esas atribuciones están sujetas al mandato de razonabilidad o proporcionalidad, cuyo respeto lo controla el máximo tribunal del país, como guardián de la Constitución.

Este concepto constitucional de antijuridicidad enriquecido por la idea de proporcionalidad que se desarrolla, da bases para combatir el tan criticado expansionismo punitivo que la doctrina asocia principalmente con esos casos típicos en los que, por más que se busca, no aparece un bien jurídico tutelado; o bien, cuando sí se identifica un bien, la conducta criminalizada no lo lesiona ni lejanamente lo pone en peligro. En casos así, ~~aun siendo típicas~~, esas conductas no deberían considerarse delitos en el sistema constitucional, pues la punición de conductas no antijurídicas

aparece como desproporcionada, en tanto es innecesaria.

Con estas bases, en esta elaboración de una definición de delito a partir de los principios constitucionales, el primer aspecto lógico resulta ser la antijuridicidad material, cuya presencia condiciona cualquier posible tipicidad. En la determinación de qué objetos pueden ser un delito, primero tendría que identificarse cuál es el bien constitucionalmente protegido que resulta interferido o lesionado en su goce y por qué conductas, para luego pasar a su formulación típica, simplemente describiendo esa interferencia o lesión. De esta manera, en la Teoría del Delito constitucional, la idea de la proporcionalidad como límite al *ius puniendi*, se relaciona en un primer momento con la antijuridicidad material de la conducta típica, y en un momento posterior con la medida de la punibilidad.

### Culpabilidad-Dignidad

Desde antes de la Reforma de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) había sostenido que

en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana (Tesis: P. LXV/2009).

La Primera Sala ha abundado en el concepto, para dar una caracterización jurídica del mismo. En la jurisprudencia relativa, se señala textualmente:

la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada (Tesis 1a./J. 37/2016).

De manera elemental, ese sentido de dignidad se traduce en la práctica jurídica en un reclamo de trato: que a la persona se le dé el trato debido. Se respeta la dignidad cuando a cualquiera se le trata con el respeto que merece. Esto admite variadas interpretaciones; en el muy conocido planteamiento del imperativo categórico kantiano, la dignidad obliga a no instrumentalizar ni cosificar a la persona; a que siempre se le trate como un fin en sí mismo y no solamente como un medio (SCJN, 2013, pp. 1-2). Desde una perspectiva contemporánea, puede afirmarse que a los seres humanos se les trata de manera dig-

na cuando en el ejercicio del poder, como sugiere Dworkin (1989), se les trata “con consideración y respeto”; de modo considerado, como “seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración”, y de forma respetuosa, como “seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas” (pp. 388-389).

Para la Teoría del Delito constitucional es relevante sostener que este trato debido solo es compatible con un concepto material de culpabilidad, fundado sustantivamente en una tesis fuerte sobre la libertad y la autodeterminación humana. Este fundamento material, se corresponde con la concepción antropológica subyacente al aparato de los derechos humanos internacionales, que es el reconocimiento de todo ser humano como persona libre y digna (Náquira Riveros, 1995). De acuerdo con esta idea, en principio solo es admisible castigar a alguien por algo que ha decidido realizar libremente. Así, como coinciden Cote-Barco (2008, p. 130) y Rodríguez Mourullo (2003, p. 320), es contrario a la dignidad pretender punir a alguien por algo que no ha podido decidir, lo que es acorde con el componente de la exigibilidad de otra conducta.

Igualmente, lesiona la dignidad imponer penas por la personalidad del sujeto o por una manera de ser que —sin lesionar ningún bien jurídico— se podría valorar desde la perspectiva mayoritaria como in-

adaptada o desviada. Lo mismo para las penas que pretenden corregir o remediar al sentenciado; como apunta Ferrajoli (1995):

cualquier tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o de integración social [...] lesiona [...] la dignidad del sujeto tratado [y viola] el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es (p. 272).

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado aspectos de este concepto de culpabilidad compatible con la idea de la dignidad en las tesis relativas a la distinción entre derecho penal del acto y derecho penal de autor. En particular, la Primera Sala sostiene con claridad que:

el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos [...] el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad) [Asimismo, el] hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término “delincuente” también exhibe la

intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito (Tesis: 1a./J. 21/2014, 10a.).

En complemento con lo anterior, se sostiene que el Estado ha abandonado toda intención declarada de “corregir” o “readaptar” al delincuente. Al asumirlo como un sujeto libre deja a su ámbito interno el cómo lidia con su hecho delictivo y con la pena. Según la Primera Sala:

el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado (Tesis: 1a./J. 19/2014, 10a.).

Hay que señalar que la culpabilidad también se relaciona intrínsecamente en la perspectiva constitucional con la proporcionalidad de la pena, ya no en el escenario de la antijuridicidad comentado antes, sino ahora en relación con la punibilidad. La culpabilidad funge como medida y como límite de la cantidad de pena que resulta proporcionado imponer a un autor

concreto. Aquí se interrelacionan los tres principios: dignidad-culpabilidad-proporcionalidad, pues el denominado grado de culpabilidad que requiere la legislación procesal para individualizar la pena implica la valoración de la exigibilidad; esto es, qué tanto el autor del delito concebido como un sujeto libre pudo haber actuado de otro modo.

En la dogmática penal, se ha venido discutiendo en las últimas décadas este concepto material de culpabilidad sustentado en una concepción fuerte de libertad por considerarse simplemente que la posibilidad de autonomía —que el sujeto infractor haya podido no decidir no cometer el delito— es un asunto indemostrable empíricamente. Esto es más acentuado en las tesis deterministas inspiradas en las neurociencias, que simplemente niegan la posibilidad del libre albedrío como se ha entendido en la filosofía liberal. Esas concepciones son incompatibles con una Teoría del Delito orientada a principios constitucionales. En esta, como propone Roxin (1981, pp. 41 y ss.), el concepto de culpabilidad no solo ha de estar relacionado con la proporcionalidad y fungir como un “principio limitador de la pena”; también es imprescindible su vinculación con una afirmación normativa del Principio de Autonomía y Libertad, único compatible con el sentido de la dignidad defendido por el aparato de los derechos humanos.

## Conclusiones

Tras la sistematización realizada en el artículo, se encuentran los siguientes hallazgos:

- La constitucionalización del derecho penal, se presenta al relacionar las categorías desarrolladas por la Teoría del Delito con los principios constitucionales cuyo contenido determina la dimensión de lo criminalizable.
- La Constitución no establece un concepto de delito; sin embargo, los principios constitucionales relativos al derecho penal que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional y convencional controlan lo que se puede considerar como delito en el sistema constitucional.
- La Teoría del Delito se constitucionaliza cuando sus categorías se interrelacionan con los principios constitucionales. En particular, la sistematización permite establecer tres parejas conceptuales: tipicidad-taxatividad, antijuridicidad-proporcionalidad y culpabilidad-dignidad.
- La pareja tipicidad-taxatividad expresa que solo hay tipicidad cuando hay taxatividad. Según esto, un tipo penal queda, por definición constitucional, sujeto a la exigencia de claridad y determinación. Una figura delictiva que muestra características como la indeterminación o la imprecisión en un grado excesivo o irrazonable, así sea formalmente válida por estar prevista en la norma penal, no puede contar como tal desde la perspectiva constitucional.
- La pareja antijuridicidad-proporcionalidad expresa que únicamente es legítimo criminalizar una conducta cuando se busca la finalidad de proteger un bien jurídico con anclaje constitucional, siendo, a su vez, la sanción una medida idónea y estrictamente necesaria para esa finalidad. Esta necesidad solo se agota cuando la conducta a criminalizar es antijurídica materialmente, esto es, cuando atenta contra el bien con anclaje constitucional. Si la conducta no representa este atentado antijurídico, su criminalización deviene desproporcionada, siendo una intervención excesiva en la libertad de la persona. Esta idea de la proporcionalidad brinda respaldo en un principio constitucional al postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos bien conocido por la dogmática penal, de modo que su incumplimiento puede reclamarse como causa de inconstitucionalidad de la figura delictiva.
- El análisis de proporcionalidad ofrece una estructura argumentativa que permite reclamar la inconstitucionalidad de la criminalización en un sentido sustantivo o material por la falta de identificación de un bien jurídico,

cuya protección justifique el ejercicio del poder punitivo. Asimismo, la estructura argumentativa de la proporcionalidad permite reclamar la inconstitucionalidad del tipo penal cuando la criminalización resulta innecesaria. Una criminalización resulta innecesaria en el marco constitucional cuando la conducta no resulta antijurídica en sentido material. En el Estado constitucional, la punición de conductas no antijurídicas aparece como desproporcionada.

- La pareja culpabilidad-dignidad supone que el respeto a la dignidad de la persona, entendido como el trato debido por parte del Estado, requiere un concepto material de culpabilidad fundado sustantivamente en una tesis fuerte sobre la libertad y la autodeterminación humana. Este fundamento material supone reconocer a todo ser humano como una persona libre y digna, a quien resulta admisible castigar únicamente por aquellas conductas antijurídicas que decide realizar libremente.
- La pareja culpabilidad-dignidad está también relacionada con el Principio de Proporcionalidad, lo que se hace patente en el escenario de la punibilidad. La culpabilidad funge como medida y como límite de la cantidad de pena que resulta proporcionado imponer a un autor concreto. El exceso o despro-

porción de la sanción en este escenario resulta contrario a la dignidad.

A partir de estos hallazgos, se propone una definición constitucional según la cual un delito *es toda conducta que resulta proporcional punir, porque reúne tres cualidades: a) es antijurídica, porque agrede un bien protegido constitucionalmente; b) es típica, porque encuadra en un tipo penal definido taxativamente; y c) es culpable, porque es ejecutada libremente por una persona a la que se le reconoce dignidad.*

Este concepto da las bases de desarrollo para una Teoría del Delito, que tiene en cuenta los principios constitucionales, atendiendo a que, en el Estado constitucional actual, el qué cosa cuenta como delito y forzosamente debe discutirse teniendo en cuenta dichos principios. La preeminencia de la Constitución permite sostener como argumento que la definición de delito dada por la Teoría del Delito dogmática-penal debe nutrirse —o ser controlada en su caso— por la definición constitucional.

Cabe insistir que estos principios constitucionales deben observarse durante el procedimiento judicial y, también, durante la labor legislativa. Particularmente, estos principios obligan al órgano legislativo al disponer las bases para una criminalización legítima. De esta manera, cuando el legislador establece figuras criminalizantes ilegítimas, se abre el camino

de la justicia constitucional como vía para expulsar las figuras típicas que no son delitos constitucionalmente legítimos. La Teoría del Delito constitucionalizada es un modelo que da bases para que tanto la dogmática como la práctica penal impulsen por esas vías la contención del poder punitivo exacerbado.

## Referencias

### Bibliografía

- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*. Edersa. <http://vlex.com/source/1308>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- (2016). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. *Juec. Pond. Argum.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1-18.
- Alonso Álamo, M. (2009). Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. *Est. Pen. Crimin.*, xxix, 61-105. <http://hdl.handle.net/10347/4144>
- Arroyo Zapatero, L. A. (1987). Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución. *Rev. Juríd. Cast.-La M.*, 1, 97-110.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/20199>
- Carbonell, M., & Sánchez Gil, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris*, 15, 33-55. <https://revistas-colaboracion-juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17397/15605>
- Carbonell Mateu, J. C.. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch.
- Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. *Positiv. Juríd. Neoconst.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 85-121.
- Cote-Barco, G. E. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Universitas*, 57(116), 119-151. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14562>
- Cruz Bolívar, L. (2001). La Constitución Política y la teoría del delito. Origen e implicaciones de una forma de interpretación de la dogmática. *Der. Pen. Crim.*, 22(71), 105-114. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1096>
- Dondé Matute, J. (2012). Crítica a la teoría del delito: bases para su destrucción. En A. E. Nava Garcés, *Dogmática penal y teoría del delito. Crítica y método* (pp. 1-6). Porrúa/Universidad Anáhuac.
- Donini, M. (2001). Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Rev. Pen.*, 8, 24-38.
- Durán Migliardi, M. (2013). El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de derecho penal constitucional. *Rev. Der. Univ. Cat. Norte*, 20(2), 305-326. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200011>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Feijoo Sánchez, B. (Coord.) (2012). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Thomson Reuters/Civitas.
- Fernández, J. Á. (2019). Bases para una reconstrucción estructural de los principios penales en el ámbito del control de constitucionalidad. *Problema. An. Fil. Teor. Der.*, 13, 161-191. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/13719/15016>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- García Ramírez, S. (2019). Decisiones penales en la Constitución mexicana. *Rev. Fac. Der. Méx.*, 69(275), 141-182. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-1.71462>
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Fontamara/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Hernández-Romo Valencia, P. (2020). *Derecho constitucional penal mexicano*. Tirant lo Blanch.
- Inzunza Cázares, E. (2009). *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Escuela Libre de Derecho de Sinaloa.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Civitas.
- (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson Reuters/Civitas.
- Náquira Riveros, J. (1995). Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad. *Rev. Ch. Der.*, 22(2), 189-200. <http://www.jstor.com/stable/41609341>
- Ojeda Velázquez, J. (2005). *Derecho constitucional penal* (tomo 1). Porrúa.
- Ortega García, R. (2013). La constitucionalización del derecho en México. *Bol. Mex. Der. Com.*, 137, 601-646. [http://dx.doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71144-X](http://dx.doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71144-X)
- Quintero Olivares, G. (Dir.), & Jaria i Manzano, J. (Coord.) (2015). *Derecho penal constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Mourullo, G. (2003). Delito, pena y Constitución. *Rev. Juríd. Univ. Aut. Mad.*, 8, 311-330. <http://hdl.handle.net/10486/3058>
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Reus.
- (2000). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Hammurabi.
- Sánchez Gil, R. (2017). *El principio de proporcionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2013). *Dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*.
- Vives Antón, T. S. (1996). *La libertad como pretexto*. Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.

### Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, n. 207.

Pleno, Tesis: P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo xxx, diciembre de 2009, p. 8, Registro IUS: 165813.

Pleno, Acción de inconstitucionalidad 51/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 77, agosto de 2020, Tomo II, p. 1213, Registro IUS: 29427.

Primera Sala, Tesis: 1a. CCXII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro II, noviembre de 2011, Tomo 1, p. 194, Registro IUS: 160710.

Primera Sala, Tesis: 1a. CCXIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro II, noviembre de 2011, Tomo 1, p. 194, Registro IUS: 160709.

Primera Sala, Tesis: 1a. CCXI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro II, noviembre de 2011, Tomo 1, p. 210, Registro IUS: 160642.

Primera Sala, Tesis: 1a. CCX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro II, noviembre de 2011, Tomo 1, p. 212, Registro IUS: 160640.

Primera Sala, Tesis: 1a./J. 19/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, p. 374, Registro IUS: 2005883.

Primera Sala, Tesis: 1a. CCCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I, p. 590, Registro IUS: 2007342.

Primera Sala, Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, p. 633, Registro IUS: 2012363.

Primera Sala, Tesis: 1a./J. 10/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, p. 493, Registro IUS: 2019365.

Primera Sala, Amparo en revisión 547/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, p. 411, Registro IUS: 28352.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0  
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.3>

HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ<sup>1</sup>

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ<sup>2</sup>

FECHA DE RECEPCIÓN: 12 de diciembre 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 03 de febrero de 2021

## EL SISTEMA SOCIO-JURÍDICO EN LA GOBERNACIÓN DE YUCATÁN DURANTE LA ÉPOCA COLONIAL

The socio-legal system in the government of Yucatan during the colonial period

*“Si el derecho vive en el tiempo,  
si el tiempo es una característica constitutiva del derecho,  
comprender éste quiere decir comprenderlo como historia”*

Mario Bretone

### Resumen:

Este artículo nos presenta el panorama social y demográfico de la gobernación de Yucatán durante la época colonial. El objetivo del trabajo es tener una imagen mucho más clara del componente social, cultural y político en el territorio conquistado, así como sus cambios y continuidades durante los siglos XVI, XVII y XVIII. La metodología que se emplea es de corte cualitativo y se sustenta en el método de la larga duración histórica en la cual traza una línea en el tiempo que abarca la época colonial. La hipótesis es que la sociedad yucateca colonial fue heterogénea y se sustentó en diferentes estatutos jurídicos. Los resultados del trabajo nos demuestran que la población en Yucatán sufrió grandes cambios debido a coyunturas como la conquista, guerras, epidemias y calamidades, logrando una recuperación lenta para el siglo XVIII.

**Palabras clave:** estatutos jurídicos, sociedad, población.

### Abstract:

This article presents the social and demographic panorama of the Government of Yucatan during the colonial era. The objective of the work is to have a much clearer picture of the social, cultural and political component in the conquered territory, as well as its changes and continuities during the sixteenth, seventeenth and eighteenth centuries. The methodology used is qualitative and is based on the method of long historical duration in which it draws a line in time that covers the colonial era. The hypothesis is that colonial Yuca-

1 Héctor Joaquín Bolio Ortiz, es licenciado en Derecho por la UADY, maestro en Trabajo Social por la UNAM, maestro en Desarrollo Regional por el Tecnológico Nacional, doctor en Ciencias Sociales, está adscrito al Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Yucatán, es miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del Servicio Profesional Electoral Nacional, México, boliojuridico@gmail.com, orcid: 0000 0001 7756 8858.

2 Juan Pablo Bolio Ortiz, es licenciado en Derecho por la UADY, maestro y doctor en Historia por el CIESAS, está adscrito al Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Yucatán, es miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del Servicio Profesional Electoral Nacional, México, boliojuridic@hotmail.com, orcid: 0000 0001 6868 5585.

tecan society was heterogeneous and was based on different legal statutes. The results of the work show us that the population in Yucatán suffered great changes due to situations such as the conquest, wars, epidemics and calamities; achieving a slow recovery for the eighteenth century.

**Keywords:** legal statutes, society, population.

### Introducción

**E**n este trabajo se expone la conformación social y demográfica de Yucatán en tiempos coloniales, cuya complejidad se deriva de la composición heterogénea de la sociedad y de las diferentes jurisdicciones que no fueron estáticas. Las autoridades en la gobernación de Yucatán fueron variadas y a la cabeza, como máximo depositario del poder político en la provincia estaba el gobernador, quien desde luego se supeditaba al rey y a diversas instancias como la Real Audiencia de México o de Guatemala, según el momento y el Consejo Real y Supremo de Indias. La Gobernación se conformó por los actuales estados mexicanos de Yucatán, Campeche, Quintana Roo y Tabasco, así como parte del actual territorio de Belice.

Es por eso que resulta importante para entender diferentes temáticas en torno a la historia de Yucatán, conocer el conglomerado de personas que formaron una sociedad compuesta de indios, españoles, negros y diversas castas. En este sentido, nuestra hipótesis consiste en que la sociedad yucateca colonial fue heterogénea y se sustentó en diferentes estatutos jurídicos.

¿Cuáles fueron los derechos de las personas ante las autoridades e instituciones? ¿Qué tan heterogénea fue la sociedad yucateca de la colonia? Estas son las preguntas que el presente artículo pretende responder. Lo que guio la investigación que presentamos fue la búsqueda y análisis de la articulación de hechos sociales y políticos,

para comprender cómo las apropiaciones particulares y colectivas de una sociedad compleja dependieron en gran medida de usos y significados impuestos por el entrecruzamiento de una nueva cultura y el ejercicio del poder político implantado por la Corona Española.

Para entender los procesos culturales y sociales de una población es imprescindible entenderlos desde la metodología de la historia de larga duración; es decir, aquella que como diría Braudel “lo que el historiador de las civilizaciones puede afirmar, mejor que cualquier otro. Es que las civilizaciones son realidades de muy larga duración”, por ello para entender problemas actuales tanto desde el derecho, antropología, sociología u otros temas recientes de la sociedad yucateca, es fundamental comprenderlos con la forma de historiar de la larga duración, concepto que a propuesta de Braudel es un puente de comunicación entre las diferentes disciplinas de las ciencias sociales<sup>3</sup>. Es decir, tomando en cuenta los procesos cíclicos y diferentes variaciones que pudo sufrir la sociedad en Yucatán.

### Contexto histórico y económico

La sociedad maya, uno de los grupos humanos que vivieron durante el periodo prehispánico en el área mesoamericana,

estuvo en contacto por primera vez con los ibéricos en 1502, cuando Bartolomé Colón se encontró por la Isla Guanaja una canoa pretendida de comerciantes mayas.

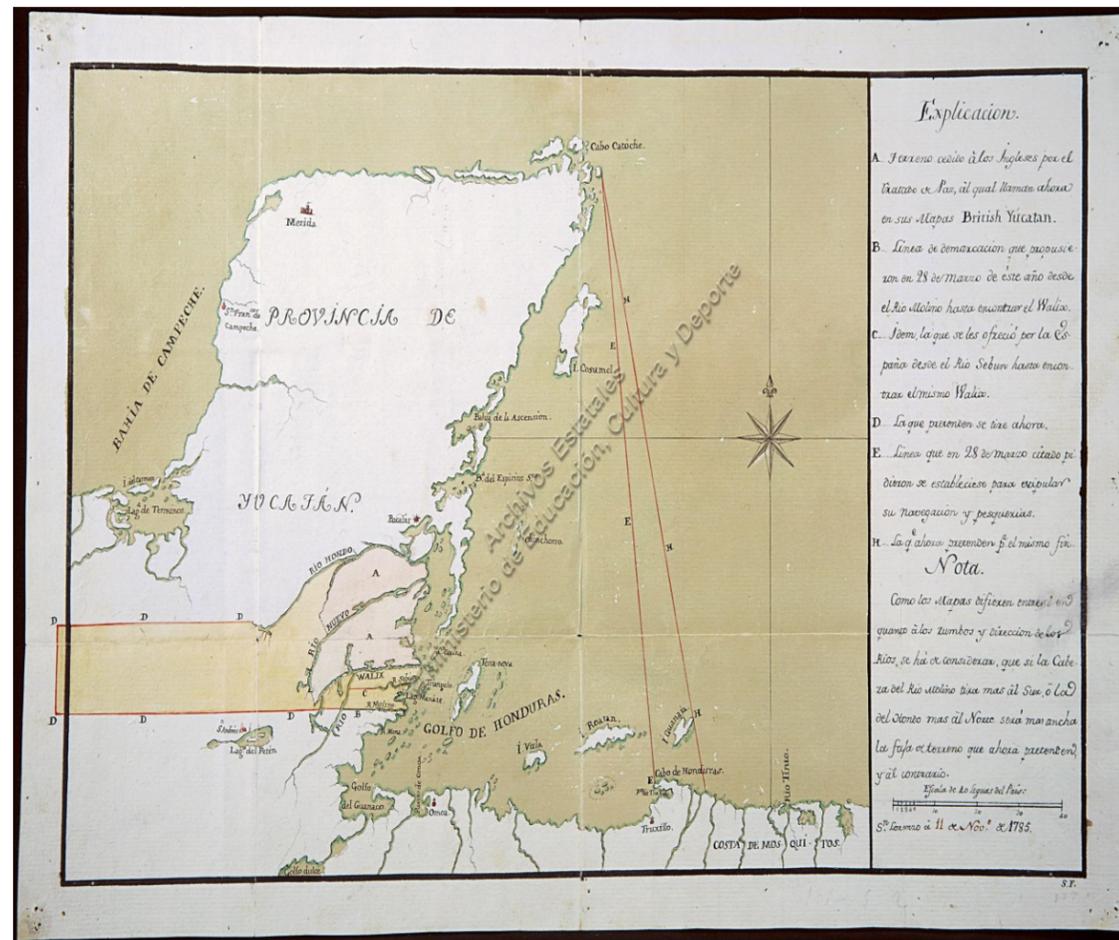
La Península de Yucatán fue descubierta en 1508 por Juan de Solís y Vicente Yáñez de Pinzón. En 1511 Gonzalo Guerrero y Gerónimo de Aguilar sobrevivieron a un temporal y se quedaron en territorio yucateco. La costa de Yucatán fue explorada tiempo después por las expediciones de Francisco Hernández de Córdoba en 1517, Juan de Grijalva en 1518 y Hernán Cortés en 1519. Cortés se situó en Cozumel donde rescató a Gerónimo de Aguilar, quien posteriormente sirvió de intérprete en la campaña de conquista de México. El otro naufrago, Gonzalo Guerrero, continuó viviendo entre los mayas habiéndose casado con la hija del cacique de Chetumal.

En 1527, el adelantado Francisco de Montejo comenzó la expedición en Yucatán, la cual se fundamentó en las capitulaciones de 1526 donde se le otorgaban una serie de derechos y beneficios en su empresa de conquista. Después de dos campañas fallidas, la conquista fue consumada por el hijo y sobrino del mismo nombre. Francisco de Montejo hijo “el Mozo”, fundó el 6 de enero de 1542 sobre las ruinas del antiguo centro ceremonial de Th’o la ciudad de Mérida, nombre que le fue dado en recuerdo de la Emérita de Extremadura.

En el proceso de colonización se dio una dominación de corte militar, política, ideo-

<sup>3</sup> Braudel, Fernand, *Aportación de la historia de las civilizaciones. La historia y las ciencias sociales* (Madrid: Alianza, 1968), 187.

Figura 1. Mapa de la Península de Yucatán



Fuente: AGI, MP-México 399.

lógica y religiosa. La iglesia asumió un papel fundamental para normar la vida de la población conquistada, papel que ha sido observado por Gabriela Solís en términos de tres ejes temáticos de gran trascendencia que se resumen en: a) el proceso de evangelización y la implantación de la Iglesia como institución, b) el conjunto de adaptaciones, adopciones y sobrevivencias en la vida religiosa indígena, c) el vínculo estrecho entre la fundación y es-

tablecimiento de la Iglesia provincial y la sujeción indígena.<sup>4</sup>

Para 1546 la Península parecía totalmente conquistada, Campeche en el occidente, Mérida en el centro-norte, Valladolid en el oriente y Bacalar en el suroriental. Aunque se logró la fundación de estas poblaciones, la conquista de los mayas fue un

<sup>4</sup> Gabriela Solís Robleda, *Bajo el signo de la compulsión: El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730* (México: INAH/CIESAS/Instituto de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 6-7.

asunto de larga duración con huidas y rebeliones constantes; situación analizada por Pedro Bracamonte y a lo que llamó un "pacto colonial", donde los dirigentes mayas de Yucatán se organizaron junto con los conquistadores españoles, utilizando ambos bandos todos los resquicios que permitía el sistema durante tres siglos coloniales, desde la defensoría de indios, las alianzas con grupos de españoles, las huidas a la montaña, las rebeliones, los juicios de residencia, entre otros.<sup>5</sup> Un espacio complejo, donde tuvieron que convivir los ordenamientos jurídicos castellanos, los de la Iglesia y el derecho consuetudinario del pueblo maya.

En efecto, el atractivo de las Indias era muy poderoso al ofrecer las riquezas más grandes del mundo -reales e imaginarias- y ese atractivo era alimentado por aquellos que emigraron con éxito y escribieron a parientes y conocidos animándolos a reunirse con ellos. Obviamente el oro y la plata de las Indias significaron una fortuna inesperada para España. El sistema económico que definiría Adam Smith como mercantilista, es una teoría del enriquecimiento de las naciones mediante la acumulación de metales preciosos.<sup>6</sup>

Las mercancías fluyeron a Sevilla en grandes y cada vez mayores cantidades y

las que no salieron de España nada más llegaron para pagar deudas a banqueros extranjeros, convirtiéndose en ganancia de una variada cantidad de individuos.<sup>7</sup>

Sin embargo, la Península de Yucatán careció de los principales elementos de atracción: metales preciosos y tierras aptas para cultivos comerciales. Formada por una plataforma calcárea que emergió en el Mioceno y el Plioceno, durante el Terciario, el territorio norte yucateco es prolongación de roca caliza cubierta con una delgada capa de tierra. La fisiografía está dada por una gran extensión llana, con relieves relativamente suaves, menores de 400 metros, observándose un gradiente altitudinal de las costas hacia el centro de Yucatán, donde se encuentran las máximas alturas en la Sierra Puc. Debido a sus características geográficas no hay ríos en la parte norte, es por eso por lo que los mayas desarrollaron sistemas hidráulicos aprovechando el uso de cenotes y el régimen de lluvias.<sup>8</sup>

Si bien se ha señalado la supuesta pobreza de la tierra en la Península de Yucatán, durante milenios los hombres asentados en ella construyeron un sistema productivo agrícola, de cultivo anual, que tuvo como eje primordial el maíz. Tal sistema se articuló con el conocimiento detallado

<sup>5</sup> Pedro Bracamonte y Sosa, *La conquista inconclusa de Yucatán: los mayas de las montañas, 1560-1680* (México: CIESAS, Miguel Ángel Porrúa, 2001), 25.

<sup>6</sup> Moisés Gómez Granillo, *Breve historia de las doctrinas económicas* (México: Esfinge, 1996), 26.

<sup>7</sup> Jhon Elliot, *España y su mundo, 1500-1700* (Madrid: Alianza, 1991), 33-43.

<sup>8</sup> Laura Caso Barrera, *Caminos en la selva. Migración, comercio y resistencia. Mayas yucatecos e itzaes, siglos XVII-XIX* (México: COLMEX, Fondo de Cultura Económica, 2002), 65.

de los ciclos climáticos y los tipos de suelo y vegetación.

La milpa fue el centro de dicho sistema, bastante complejo, que abarcaba la producción y el consumo de bienes. El policultivo propio de la milpa dependió de un conjunto de conocimientos, como son los distintos suelos, vegetaciones, las variedades de semillas de maíz, los tiempos de germinación, las condiciones climáticas a lo largo del año, las características de los cultivos asociados (frijoles, calabazas, chiles y otros) y los métodos de sembrar. Los mayas también cultivaron algodón, cacao, hortalizas, árboles frutales y tubérculos, entre otros productos, y criaron animales.<sup>9</sup>

Las *Relaciones histórico-geográficas* describieron las características físicas de Yucatán como:

Tierra caliente y seca, las lluvias comienzan en mayo y terminan en agosto, los principales productos son: el maíz, chile, frijoles y algodón. El viento ordinario es noreste que llamamos brisa, hay vientos fríos y que vienen del mar, causan enfermedades y muertes, y es cosa ordinaria morir más gente entrando los nortes. Algunos años son tan violentos que derriban casas de indios, esto redundará en grandes años de hambres. Esta tierra es llana, muy áspera y pedregosa. El agua que se bebe en esta ciudad y en todas es-

9 Pedro Bracamonte y Sosa, *La conquista inconclusa de Yucatán: Los mayas de las montañas, 1560-1680* (México: CIESAS, Miguel Ángel Porrúa, 2001), 26.

tas provincias es de pozos, hay cantidad de pozos llamados cenotes.<sup>10</sup>

En la novena ordenanza emitida por el oidor de la Audiencia de México Diego García de Palacio se estipulaba:

Ítem mando a los dichos gobernador y alcaldes hagan que todos los naturales tengan buenas casas desmontadas alrededor, limpias y bien aderezadas, con buenas barbacoas donde ellos y sus hijos han de dormir, altas y bien hechas, y que críen cada uno doce gallinas de Castilla y un gallo, de la tierra (guajolotes), seis gallinas y un gallo, por manera que en todo tengan mucho cuidado, más de lo que hasta aquí han tenido, y en cada uno de los meses del año uno de los alcaldes del dicho lugar, con un regidor, por su turno, visiten las casas y lo que así criaren, castigando al que no cumpliere lo que en este ordenanza se contiene.<sup>11</sup>

Finalmente, los mayas se vieron obligados a vivir en pueblos trazados según modelos españoles, “en no pocas áreas la aceptación fue en buena medida superficial, a más de que idearon numerosas estrategias para resistir al embate con las antiguas formas de organización social,

10 Mercedes de la Garza, *Relaciones histórico-geográficas de la gobernación de Yucatán* (México: UNAM, Fuentes para el estudio de la cultura maya, 1983), 69-72.

11 Diego García de Palacio, *Visita de Diego García de Palacio a Yucatán 1583* (México: UNAM, 2009), 253.

en aspectos como los patrones familiares y el tipo de residencia”, pues estaban conscientes de que los cambios traerían consigo mayor explotación social.<sup>12</sup>

Por otro lado, los españoles, una vez que sometieron a las poblaciones mayas, tomaron una serie de medidas para adecuar los patrones sociales a su propia manera de organización y lograr de esta manera que los nuevos vasallos de la Corona viviesen a la usanza occidental. Para ello, conjuntaron esfuerzos las autoridades civiles y eclesiásticas.<sup>13</sup> La zona de ocupación española se concentró en las principales poblaciones: Mérida, Campeche, Bacalar y Valladolid.

Debido a la ausencia de metales preciosos y las características geográficas y climáticas de la Península, poco adecuadas para el desarrollo de empresas productivas españolas, la sociedad colonial que se gestó en Yucatán compensó la ausencia de los principales elementos de atracción para el desarrollo de la colonización con una población abundante y se implantó un sistema mercantil altamente dependiente de las repúblicas de indios.<sup>14</sup>

12 Mario Humberto Ruz Sosa, “Nombrar para habitar: la morada maya en las grafías coloniales”, en *Concepción, factura y atributos de la morada maya*, de Fabienne de Pierrebouurg y Mario Humberto Ruz Sosa, editado por Otoch Nah, (Izamal: UNAM, SEGEY, 259. Izamal: UNAM, SEGEY, 2014).

13 Mario Humberto Ruz Sosa, *Yucatán: un universo peninsular. El mundo colonial*, tomo 2 (México: SEP, UNAM, CEPHCIS, 2009), 29.

14 Gabriela Solís Robleda, *Bajo el signo de la compulsión. El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730* (México: INAH/CIESAS/Instituto de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 11-13.

Políticamente Yucatán fue una Gobernación, la cual estuvo constituida por los actuales tres estados que conforman la Península yucateca, e incluyó también Tabasco y el norte de Belice.<sup>15</sup> Los gobernadores de Yucatán administraron un territorio amplio, con tenientes de gobernador en Valladolid, Campeche y un alcalde mayor en la capital de Tabasco (sucesivamente Santa María de la Victoria, Tacotalpa de la Real Corona y San Juan Bautista de Villahermosa).

De 1561 a 1565 la máxima autoridad provincial ostentó el título de alcalde mayor, en 1565 el título se volvió de gobernador y en 1617 gobernador y capitán general.<sup>16</sup> Las atribuciones independientemente de la denominación fueron prácticamente las mismas, en cuanto a poseer como máxima autoridad las jurisdicciones: civil, militar y judicial en la provincia. El gobernador estuvo supeditado en materia judicial y fiscal a la Real Audiencia de México, instancia a la que correspondía “conocer”<sup>17</sup> las apelaciones de la zona. En materia administrativa y militar el gobernador de

15 Edmundo O’Gorman. *Historia de las divisiones territoriales de México* (México: Porrúa, 1966).

16 Para efectos prácticos de la investigación, el cargo será denominado de forma genérica gobernador.

17 Se refiere en términos jurídicos procesales, a la facultad de un juez o tribunal de resolver una resolución a la que se le haya interpuesto algún recurso legal como la apelación, revocación, suplicación o segunda suplicación, dando el derecho a la autoridad de dictar una nueva resolución en un sentido que puede: confirmar, revocar o ambas en partes.

Yucatán gozó de cierta autonomía y grado de discrecionalidad.<sup>18</sup>

Desde el inicio de la colonización se ubicaron productos generados en la región susceptibles de ser comercializados en la capital novohispana, como cuando en 1544 se consignó: “que la provincia de Yucatán es tierra sana y rica en algodón y mantas que se venden en México”.<sup>19</sup> A principios del siglo XVI y de manera efímera, los españoles se allegaron de mano de obra a través de la encomienda<sup>20</sup> que incluía prestación de servicio profesional, pero ante la prohibición de hacerlo, se diseñaron mecanismos para canalizar este trabajo.

La merced de la encomienda facultaba el cobro de los tributos inherentes al rey y el derecho a acceder a la fuerza de trabajo indígena, aunque al igual que derechos imponía obligaciones, siendo las principales financiar las actividades reli-

giosas, consistentes principalmente en la evangelización de los indios y tener bajo su amparo y protección a cierto número de indios para el buen tratamiento de sus personas.<sup>21</sup>

Los trabajos de los indígenas yucatecos consistieron en el llamado servicio personal, con el cual los españoles construían sus casas y edificios de gobierno y religiosos, arreglaban los caminos y fomentaban sus fincas y estancias ganaderas, entre otras muchas cosas. También tuvieron que pagar el tributo anual al rey, más la limosna a los eclesiásticos, obligatoriamente para hombres y mujeres, jóvenes y adultos, solteros, viudos y casados, aunque en distintas cantidades. El tributo fue un reconocimiento de la calidad de vasallos, que generalmente se pagaba en mantas, aves, cera y maíz.<sup>22</sup>

Otras exacciones fueron las limosnas y obvenciones, que se les obligó a pagar a los indígenas incorporados a la Iglesia católica. La finalidad del pago de las limosnas fue el sostenimiento digno de los ministros e iglesias. Por su parte, las obvenciones sirvieron para los servicios religiosos. El pago de estas contribuciones fue elemental para el correcto funcionamiento del sistema colonial en Yucatán.

21 Gabriela Solís Robleda, *Bajo el signo de la compulsión. El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730* (México: INAH/CIESAS/Instituto de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 43.

22 Mario Humberto Ruz Sosa, *Yucatán: un universo peninsular. El mundo colonial*, tomo 2 (México: SEP, UNAM, CEPHCIS, 2009), 36-39.

Las limosnas se impusieron desde la llegada de los primeros religiosos en Yucatán; la responsabilidad del cobro recaía en el Cabildo de Indios y en los indios cargueros de la iglesia.<sup>23</sup> El holpatan fue otra carga que se pagaba por el servicio de los defensores de indios en Yucatán, se constituyó en una carga forzosa más entre las varias que pesaban sobre los indios, y consistió en la entrega de un real cada año por tributario.<sup>24</sup>

Con las Leyes Nuevas de 1542 la Corona española cuidó mucho la forma de contratar económicamente con los naturales. Las leyes cubrieron diversos derechos, siendo el principal el reconocimiento de los indios como vasallos del rey, lo cual prohibía cualquier tipo de esclavitud; simbolizarían el triunfo de Las Casas en pro del iusnaturalismo.

Si bien un tercio se dedicaba a la mejora en las condiciones de vida de los indígenas, otros puntos señalarían la reorganización del sistema administrativo americano como la reorganización y funcionamiento del Consejo de Indias, creación de la Audiencia de Lima y de los Confines.<sup>25</sup>

23 Gabriela Solís Robleda, *Bajo el signo de la compulsión. El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730* (México: INAH/CIESAS/Instituto de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 139-141.

24 Pedro Bracamonte y Sosa y Gabriela Solís Robleda, *Espacios mayas de autonomía: el pacto colonial en Yucatán* (Mérida: Universidad Autónoma de Yucatán, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 1996).

25 Nicolas Balutet, *Ensayos sobre la historia española (1516-1939)* (Nueva York: Lulu, 2007), 41.

Estas leyes implicaron un alto proteccionismo hacia el indígena, como se observa en una real cédula del 11 de diciembre de 1569, en la cual Francisco de Ferragute, vecino de la ciudad de Mérida, hizo relación al rey de que por medio de las Nuevas Leyes “se prohibía y mandaba que ningún encomendero de indios no tratase ni contratase con los naturales de sus pueblos, ni los cargase con mercaderías ni otras cosas so pena de perdimiento de sus encomiendas y otras penas”. En tal virtud que Ferragute acusó ante la Corona que un tal Juan Gómez de la Cámara, vecino de Mérida, tenía en encomienda los pueblos de Cinanché y Eguán, en los cuales trataba y contratava por sí y por terceras personas con los vecinos naturales, vendiéndoles vinos, cacao y otras mercancías, a trueque de mantas, cera, maíz, aves, pabilo y otras cosas que los naturales hacían, criaban y cogían.

En especial:

Les habían comprado dos mil fanegas de maíz y las había vendido a ciertos mercaderes para fuera de la dicha gobernación, haciendo cargar a los dichos indios a cuestras y llevar a un puerto de la mar lejos del dicho pueblo donde lo había embarcado en un navío que allí había, todo sin pagarles a los dichos indios su justo valor.<sup>26</sup>

26 AGI, México 2999, L. 2, ff. 233v-234r, Real cédula sobre el buen tratamiento a los indios por parte de los

No sólo los encomenderos trataron y contrataron con los indios, los gobernadores debieron cuidar este aspecto hacia los naturales, puntualmente existieron normas que específicamente prohibían los excesos.

En un primer momento, conquistadores y encomenderos tomaron de manera forzosa mano de obra indígena e incluso recurrieron a la esclavitud. Así lo revelan las memorias tocantes a la provincia de Yucatán, donde se menciona que el Adelantado Francisco de Montejo como gobernador de Honduras remitió cuadrillas de indios esclavos: “naturales que sacaban oro de las minas teniendo en aquella provincia muchos indios de repartimiento envió su licencia o sin ella entró en Yucatán don Francisco de Montejo su hijo natural”.<sup>27</sup>

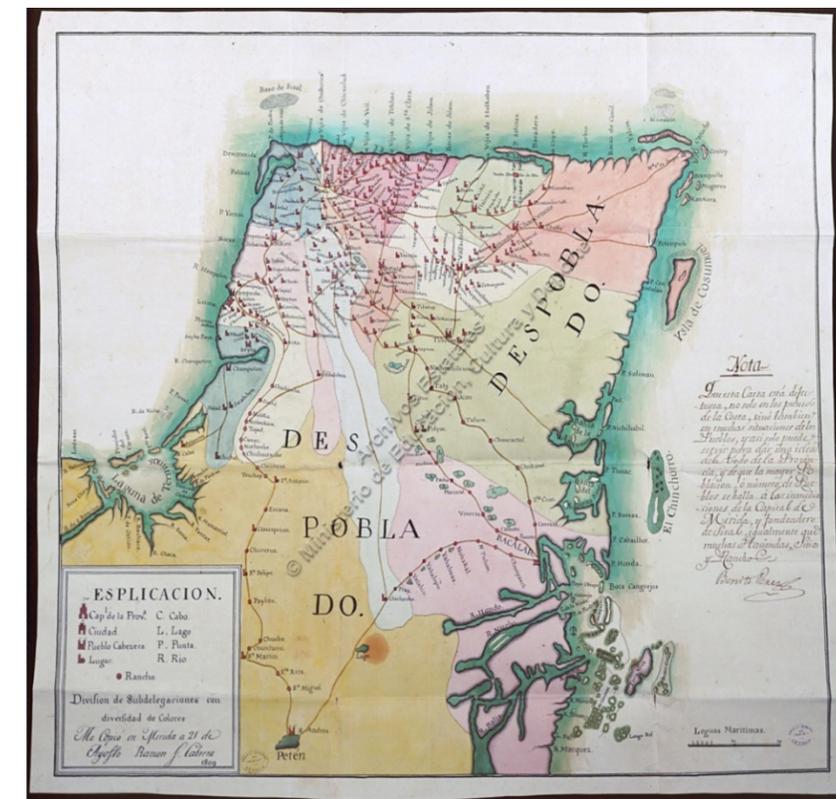
Esta situación cambió por ley con las disposiciones relativas a la libertad de los indios en las Leyes Nuevas promulgadas en 1542. Para 1567 los indios ya conocían sus derechos, y sabían de los abusos que muchos españoles cometían en su contra, por lo cual, enviaron diversas cartas firmadas por los caciques de cuatro provincias, donde se quejaban con el rey Felipe II de los tormentos y abusos que con ellos habían

cometido los religiosos de la orden de San Francisco, denunciando que estos habían hecho firmar a varios indios, como si fueran los señores de la tierra, ciertas cartas escritas en castellano en su propia defensa así lo demuestran.

Tal es el caso de las quejas contra fray Diego de Landa a quién identificaron como principal responsable de los abusos cometidos.<sup>28</sup> Un extracto de una de las cartas de los indios gobernadores de Yucatán, mencionó:

Después que nos vino el bien que fue conocer a Dios nuestro señor por sólo verdadero Dios dejando nuestra ceguera idolatrías y vuestra majestad por señor temporal antes que abriésemos bien los ojos al conocimiento de lo uno y lo otro nos vino una persecución la mayor que se puede imaginar y fue en el año de 1562 para nos doctrinasen que en lugar de hacerlo nos comenzaron a atormentar colgándonos de las manos y acostándonos cruelmente y colgándonos pesas de piedras a los pies y atormentado a muchos de nosotros en bultos, echándonos mucha cantidad de agua en el cuerpo, de

Figura 2. Mapa político de la provincia de Yucatán



Fuente: AGI, MP-México 756.

los cuales murieron y masacraron a muchos de nosotros.<sup>29</sup>

La política proteccionista, motivó la creación de dos formas separadas de organización social y de gobierno (república de indios y república de españoles). En esta separación se sustentó el funcionamiento del sistema económico en Yucatán, pues la organización social de los pueblos fue la clave que permitió a los colonizadores una administración efectiva de generación de excedentes y las autoridades nativas fue-

ron las responsables de controlar la mano de obra de su población sujeta para asegurar el puntual cumplimiento de sus obligaciones fiscales y laborales.

Por pertenecer a una república, sus miembros debieron entregar productos y trabajo y a cambio recibieron el acceso a la tierra de cultivo, los recursos del monte y el agua, solares, ayuda en trabajo, participación en los rituales colectivos, acceso a los servicios religiosos, auxilio en épocas de sequía y escasez alimentaria y otros beneficios. Entonces, la economía en Yucatán dependió del trabajo de los indios y

encomenderos en Yucatán, Madrid a 11 de diciembre de 1569.

27 NYPL: Obadiah Rich Collection Francisco de Montejo, various papers relating to him, his family and the Yucatán, Reel 40, 199. Relación de lo que su Majestad ha mandado se tengan memorias de las cosas tocantes a las provincias de Yucatán, Campeche, Cozumel y Tabasco, 1554.

28 AHN, Diversos-colecciones, 25 N 2, Colección de documentos inéditos de las Indias. Carta de los indios de Yucatán, firmada por los gobernadores de cuatro provincias, en que se quejan a Felipe II de los tormentos y abusos que con ellos habían cometido los religiosos de la orden de San Francisco, Yucatán, 4 de diciembre de 1567.

29 *Ibidem*, AHN, Diversos-colecciones, 25 N 2, foja 1.

se impuso sobre sus principales formas de organización.<sup>30</sup>

Pero más allá de estas formas de organización sociopolítica en repúblicas, es interesante distinguir la compleja relación en el plano del ejercicio del poder entre gobernados y gobernantes. Para ello, y otro tipo de cuestionamientos históricos, resulta indispensable exponer el panorama de la conformación social y político-jurisdiccional de la Península de Yucatán.

### Los diversos estatutos jurídicos en Yucatán

La legislación indiana diferenció a los grupos socio étnicos. Los que se encontraron en la cúspide fueron los peninsulares. Tanto estos como los criollos tuvieron preferencias con respecto a los otros conjuntos. En Yucatán fueron encomenderos comerciantes y estancieros y desempeñaron cargos públicos, tanto políticos como religiosos y judiciales. En la región de estudio fueron los principales beneficiarios –aparte de la Corona y la Iglesia– del trabajo y la producción indígena al recibir tributos, limosnas, servicios personales y géneros contratados por repartimiento.<sup>31</sup>

30 Paola Peniche Moreno, “Migración y parentesco en una parroquia del norte de Yucatán siglo XVIII” en *Problemas demográficos vistos desde la historia. Análisis de fuentes, comportamientos y distribución de la población en México, siglos XVI-XIX, de América Molina del Villar* (México: CIESAS, 2006), 48.

31 Laura Caso Barrera, *Caminos en la selva. Migración, comercio y resistencia. Mayas yucatecos e itzaes, siglos XVII-XIX* (México: COLMEX, Fondo de Cultura Económica, 2002), 22.

En Europa se empezó a debatir acerca de la naturaleza y derechos del hombre americano donde se enfrentaron las ideas de Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé de las Casas. Como resultado de la polémica en torno al iusnaturalismo que debía proteger a los indios se generaron legislaciones de protección a favor de la población recién conquistada (Leyes Nuevas 1542), pero en contraparte también se consolidó la idea de servidumbre natural y el tutelaje.<sup>32</sup>

Las distinciones en la legislación eran evidentes, por ejemplo, en materia legislativa las penas contra españoles y criollos eran mucho más blandas, a diferencia de los negros, indios y otras castas. Incluso entre españoles existieron diferencias: el español dueño de ganado que infringió la ley debió pagar una multa de trescientos ducados y cumplir un destierro de dos a cinco años, mientras que el español de humilde condición fue castigado con pena de vergüenza pública y debió pagar una multa de cien ducados para la Cámara Real.<sup>33</sup>

Las leyes, como hemos mencionado, tendieron a ser menos severas contra los españoles en relación con los otros grupos. Por ejemplo, una disposición expresó la diferencia en castigos para negros y mu-

32 Pedro Bracamonte y Sosa, *Tiempo cíclico y vaticinios. Ensayo etnohistórico sobre el pensamiento maya* (México: CIESAS, Colección Peninsular, Miguel Ángel Porrúa, 2010), 78.

33 Juan Pablo Bolio Ortiz, *De las justicias indígenas a las justicias castellanas. Dinámica del proceso judicial en la jurisdicción de Quetzaltenango, Guatemala (1700-1750)* (Tesis de Maestría, CIESAS, 2010), 46.

latos con relación a ellos, si los afrodescendientes persuadían a un esclavo que se escondiera y lo ocultaban por cuatro meses para efecto de manifestarlo después y apropiárselo, se les imputaba pena de muerte natural, en cambio si los oculadores eran españoles, se les desterraba de todas las Indias. Otra situación era el derecho a portar armas, que fue exclusivo de españoles, pardos, caciques mayas y mestizos.<sup>34</sup>

Entonces, en la cúspide social se encontraron los españoles. Para ellos se reservaron los cargos gubernamentales y eclesiásticos, así como las encomiendas y las licencias para explotar minas y fundar estancias de ganado, labores agrícolas y obrajes. No tenían obligación de pagar tributo, pero sí otros impuestos, como la alcabala y la media anata. Gozaban de distintos fueros según el grupo al que pertenecían, como el militar y el eclesiástico.<sup>35</sup> Por otro lado encontramos a los indios, quienes tuvieron una relación con el poder institucional diferente en Yucatán, similar a los casos de Oaxaca y Chiapas con respecto a otras regiones, fue una relación llena de rebeliones, huidas y pactos sociales.

En la gobernación de Yucatán, la fuerza política la tuvieron los encomenderos como el clero en la región. No existió mando intermediario entre los indios de

34 ADLP, *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*. Leyes 14 y 22, título 5, Libro 7.

35 Gisela von Wobeser, *Historia de México* (México: FCE, SEP, Academia Mexicana de Historia, 2010), 105.

los pueblos y el gobernador de la provincia entera o sus asistentes inmediatos en Mérida: el defensor o abogado de indios, encargado de asesorar al gobernador en esos asuntos, y el auditor de guerra, su consejero legal.<sup>36</sup>

Parece ser que desde el punto de vista normativo, la política de la Corona para con los indios fue de evitar vejaciones por parte de autoridades y españoles a la población.<sup>37</sup> Por ejemplo, para 1562 una real cédula para el territorio dependiente de la Real Audiencia de Guatemala (Yucatán estuvo bajo su jurisdicción 13 años, de 1550-1563) hizo hincapié en lo siguiente: “que la disposición dada por el Licenciado Alonso López de Serrato, sobre que los alcaldes de raza indígena no deben depender de los de raza española sino directamente de la Audiencia no deben ser derogadas”.<sup>38</sup>

No se puede negar la actitud proteccionista hacia el indio por parte de la Corona española. La política de la “máxima ganancia” impidió la aplicación de muchas leyes que resguardaban los derechos de los indios, cómo las Leyes Nuevas de 1542, que se habían dado en el contexto del debate

36 Nancy Farris, *La sociedad maya bajo el dominio colonial* (México: CONACULTA, INAH, Artes de México, 2012), 126.

37 AGN, Instituciones Coloniales, Indiferente Virreinal, Caja 6488. Real cédula de 1641 hacia las justicias de provincia de Yucatán para que amparen a los naturales de los agravios que reciben de los españoles en sus granjerías.

38 AGCA, A1.23, leg. 1512, fol. 396, Real cédula de 15 de septiembre de 1562 Madrid, sobre que las funciones de los alcaldes indígenas dependan directamente de la Real Audiencia de Guatemala.

entre Sepúlveda y Las Casas, en el cual el último hizo válida la idea de un iusnaturalismo que debía proteger a todo individuo y quedar bajo la protección de Dios en la tierra, que era el rey. Lo anterior parece significar que a los españoles no les interesó el funcionamiento de las instituciones indígenas, más bien la forma de apropiarse de la producción y mano de obra de los indios.

Con posterioridad, el debate se iría centrándose en la sujeción y la libertad, que incluyó cuestionamientos al repartimiento forzoso de mercancías, que contravenían las leyes a la libertad en el ámbito comercial. En especial, las ordenanzas promulgadas por el gobernador Juan de Esquivel en 1663, que prohibían los repartimientos de todos aquellos que tuvieran ascendiente sobre indios, ya fueren gobernadores y sus allegados, ministros, jueces y encomenderos.

Los jueces de los pueblos tenían autorización para detener a quien intentara repartir mercancías, y llevarlos ante el gobernador. En Yucatán el obispo Gómez de Parada, defensor de los naturales, luchó contra el trabajo forzoso indígena, consiguió que se dictara un auto el 30 de abril de 1722 de la Audiencia de México, confirmado el 2 de mayo siguiente, dictando la prohibición de los servicios personales forzosos en la provincia, no obstante, la prohibición enfrentó la oposición de los beneficiarios del trabajo compulsivo.<sup>39</sup>

39 Gabriela Solís Robleda, *Bajo el signo de la compulsión. El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730* (México: INAH/CIESAS/Instituto

de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 190-208.

La estrategia de la Corona era clara a partir de la implantación de las Leyes Nuevas, los indios pasaban a ser vasallos del rey, eliminando la esclavitud. El proyecto consistió en fundar pueblos en los que se reunió a la población nativa, como requisito para la evangelización. En la práctica constituyó un importante elemento de control social encaminado a conseguir los objetivos que el gobierno español pretendió lograr con la población: el control político y el control económico.<sup>40</sup>

En relación con las leyes de protección a los indios, una de las reglas centrales fue que españoles, negros, mestizos, mulatos y pardos no podrían habitar en los pueblos de indios. Consta que, a los gobernadores, como representantes del rey, se les encargó proteger y preservar a la población indígena y cuidar que fuese bien tratada. Esta obligación se consignó tanto en los títulos expedidos con el nombramiento para el cargo como en las directrices para hacer juicio de residencia a sus antecesores.<sup>41</sup> También se les encargó que cuidaran a los indios, que no anduvieran de vaga-

de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 190-208.

40 Paola Peniche Moreno, "Migración y parentesco en una parroquia del norte de Yucatán siglo XVIII" en *Problemas demográficos vistos desde la historia. Análisis de fuentes, comportamientos y distribución de la población en México, siglos XVI-XIX*, de América Molina del Villar (México: CIESAS, 2006), 75-76.

41 Gabriela Solís Robleda, *Entre litigar justicia y procurar leyes. La defensoría de indios en el Yucatán colonial* (México: CIESAS Peninsular, Porrúa, 2013), 32.

bundos, trabajaren y sembraran sus milpas conforme a lo que se ordenaba.<sup>42</sup>

El visitador y oidor de la Real Audiencia de México, Diego García de Palacio, llevó un juicio en el año 1583 por contravenir esta orden, en Valladolid, contra el español Alonso Díaz "por haber vivido entre indios causando gran daño y perjuicio de los naturales de él, donde hizo que le hiciesen una casa de morada y no les pagó por ella cosa alguna".<sup>43</sup> Otro caso que ilustra los perjuicios que acarrearía esta convivencia con los naturales fue el de Francisco Pinto, en la misma villa, contra quien se hicieron cargos el 16 de diciembre de 1583 por "haber estado amancebado en la provincia de Tizimín con una india, dando mal ejemplo a los naturales de la dicha provincia, y de haber vendido vino a indios contra lo ordenado por Su Majestad".<sup>44</sup>

Los encomenderos tenían la responsabilidad de evitar el trato entre indios y negros, como lo indica el juicio que siguió el año de 1583 en Tizimín Diego García de Palacio, visitador y oidor de la Real Audiencia de México, contra el encomendero Diego López de Ricalde, por haber permitido que una india tuviera "acceso carnal" con

un negro llamado Ximón, esclavo de un español llamado Juan Dorado.<sup>45</sup>

Otro problema muy presente para la Corona fue evitar maltratos a los indios por parte de los afrodescendientes. Una real cédula de 1722 mencionó este tipo de agravios al referir la propuesta de cancelar el servicio personal forzado, castigando severamente a los gobernadores que diesen mandamientos de ese servicio, "pues hasta los negros esclavos maltratan a los indios haciéndolos de peor condición que ellos y los castigan más que sus mismos amos".<sup>46</sup>

Algunos eclesiásticos, al igual que ciertas autoridades civiles, abusaban y agravaban a los indios. Fueron continuas las quejas en este sentido, por ejemplo, en 1701 el rey escribió al gobernador de Yucatán en torno a la preocupación por vejaciones pues se había informado "que los religiosos doctrineros de ese gobierno maltratan a los indios y cobran de ellos excesivos derechos parroquiales y otras muchas contribuciones pecuniarias, llevando cada uno de ellos sus testamentos".<sup>47</sup>

Paralelamente, los mayas conservaban libertad para administrarse según sus usos y costumbres, entre ellos, la organización

45 Diego García de Palacio, *Visita de Diego García de Palacio a Yucatán 1583* (México: UNAM, 2009), 143.

46 AGI, México 1081, L. 50, ff. 1r-16v, Real cédula dando comisión al obispo de Yucatán para que remedie las vejaciones y malos tratos que se hacen a los indios, Madrid a 28 de noviembre de 1722.

47 AGI, México 1078, L. 40, No. 1, ff. 219r-220r, Real cédula al gobernador de Yucatán en respuesta de una carta suya y diciéndole lo que ha de ejecutar para el mayor alivio y conservación de los indios, Madrid a 19 de julio de 1701.

territorial fue compleja, las tierras se dividieron en tierras comunales correspondientes a las repúblicas de indios, divididas en jurisdicción política y corporativa: para caza, recolección, labranza y milpas. Las comunales eran administradas por el Cabildo y cacique. Otro tipo de tierras han sido apuntadas por Pedro Bracamonte: las de propiedad privada de los ch'ibales (linajes patrilineales) que se dividían en dos, las de linaje y las de propiedad puramente particular.<sup>48</sup>

En Yucatán las organizaciones llamadas ch'ibales constituyeron una de las células básicas de la estructura social de los mayas desde la época prehispánica, persistiendo hasta finales de la época colonial. El ch'ibal ha sido descrito como un grupo de parientes que proviene de un antepasado común, reconocido e identificado por un patronímico. Para los mayas compartir un patronímico era razón suficiente para que dos individuos se consideraran como parientes y emprendieran entonces acciones colectivas.<sup>49</sup>

Jurídicamente se creó un nuevo orden legal, aquel donde los usos y costumbres indígenas tuvieron que vivir al lado de un sistema administrativo español, que las

positivó en el derecho indiano.<sup>50</sup> Debemos considerar que dentro de la sociedad indígena existió una capa social favorecida, la de los indios nobles e hidalgos, a los cuales no necesariamente la riqueza les daba un estatuto sino más bien el linaje, gran cantidad de ellos estaban exentos de la obligación de tributar, tuvieron pactos con autoridades civiles, muchos consiguieron eludir el trabajo forzado y en conjunto, se sustrajeron a las condiciones de los indios macehuales.<sup>51</sup>

Siempre existió gran preocupación por las rebeliones que los indios podrían causar en Yucatán. Se alegaba que, por haber poca población de españoles en la provincia, los indios “con guerras pueden hacer mucho daño en la tierra y con sus idolatrías por el modo que van inficionarla toda.” Había en los montes de Yucatán muchos naturales que vivían según sus antiguas costumbres y tenían contacto con los pueblos cristianos, a más de haber muchos sacerdotes de la religión proscribida. Al llegar en 1599 esta información al rey, se ordenó que los indios *aquines*, que eran “los dogmatizadores de sus idolatrías, como tan perjudiciales”, fueren castigados

con rigor y graves penas y que reincidiendo tercera vez “sean quemados pues por otros delitos lo son, porque la experiencia ha mostrado que los que dan en semejante vicio nunca se apartan de él”.<sup>52</sup>

Las Leyes de Indias estipularon castigos rigurosos para los encomenderos que vendiesen a sus indios y que los caciques no tuviesen a sus sujetos como esclavos; se mandó además que causas de esclavitud fueran de la competencia de las audiencias y que los obispos avisaran de transgresiones a los defensores de indios.<sup>53</sup> Esta postura debió seguir incluso para finales del siglo XVIII, dictándose diversas cédulas reales haciendo énfasis en la libertad y los buenos tratos que debían recibir los indios.<sup>54</sup>

En cuanto a la justicia, el proceso judicial sumario era la forma de todo juicio donde intervinieron los indios, como parte de respeto a los usos y costumbres de los pueblos indígenas y la difusión del derecho indiano entre los naturales fueron medidas alentadas por la Corona, con el fin de mejorar el acceso de los indios a la justicia. Por otra parte, el control de procuradores y su especialización en negocios indígenas también

constituyeron antecedentes a la creación del cargo de defensor de los naturales.<sup>55</sup>

Ahora bien, en cuanto a los afrodescendientes, estos se encontraron en la base social. Las normas para estos grupos abarcaban a los mulatos, pardos y negros, aun entendiendo que los mulatos y pardos eran producto de las castas, la diferencia provino de su calidad de esclavos o libres.

La documentación indica, para el caso de Yucatán, que los afrodescendientes aparecieron en la sociedad colonial yucateca. Uno de los estudios valiosos sobre el tema es el realizado por Matthew Restall, donde propone que en el Yucatán colonial la población de origen africano logró evitar la esclavitud y diversas formas de subordinación racial, esto porque lograron inmiscuirse en la forma de vida de la sociedad española y maya, lo cual generó incluso la idea de una población afro-maya. Restall considera que los afrodescendientes contribuyeron de forma significativa al mestizaje en la región y que hacia 1790 el 12.2% de la población yucateca era afrodescendiente, concentrándose en una franja desde Campeche, pasando por Mérida y hasta Tizimín.<sup>56</sup>

Se calcula que los afrodescendientes en Yucatán solo fueron traídos como esclavos

48 Pedro Bracamonte y Sosa, *Los mayas y la tierra. La propiedad indígena en el Yucatán colonial* (México: CIESAS, Colección Peninsular, Instituto de Cultura de Yucatán, Miguel Ángel Porrúa, 2003), 65-59.

49 Paola Peniche Moreno, “Migración y parentesco en una parroquia del norte de Yucatán siglo XVIII” en *Problemas demográficos vistos desde la historia. Análisis de fuentes, comportamientos y distribución de la población en México, siglos XVI-XIX*, de América Molina del Villar (México: CIESAS, 2006), 292-293.

50 El derecho castellano fue el legislado en Castilla, el indiano fue el conjunto de normas jurídicas que se aplicaron en Indias, es decir, los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España y por último, el indígena fue el conjunto normas consuetudinarias de las poblaciones indígenas, anteriormente señalados.

51 Juan Pablo Bolio Ortiz, *De las justicias indígenas a las justicias castellanas. Dinámica del proceso judicial en la jurisdicción de Quetzaltenango, Guatemala (1700-1750)* (Tesis de Maestría, CIESAS, 2010), 42-43.

52 AGI, México 2999, L. 4, f. 600v, Real cédula para que el gobernador de Yucatán informe y haga que los indios no reciban perjuicios, Barcelona a 28 de junio de 1599.

53 ADLP, leyes 1, 2, 3,10 y 15, Título 2, Libro 6 de la Recopilación de Leyes de Indias.

54 AGEY, Fondo Colonial, Caja 22, Volumen 1, Exp. 41, Fojas 2, CD 22, Real cédula expresando cuidar la libertad de los indios, Madrid a 23 de febrero de 1795.

55 Caroline Cunill, *Los defensores de indios de Yucatán y el acceso de los mayas a la justicia colonial (1540-1600)* (Mérida: UNAM, Centro Peninsular en Humanidades y Ciencias Sociales, 2012), 70.

56 Matthew Restall, *The Black Middle. Africans, Mayas, and Spaniards in Colonial Yucatan* (Stanford: Stanford University Press, 2009).

en un 5% del total del comercio esclavista introducido al México colonial, llegando a Campeche desde Veracruz, La Habana, Santo Domingo o Belice.<sup>57</sup>

Algunos documentos revelan la presencia de afrodescendientes en la provincia desde el siglo XVI. Este grupo socio-étnico causó preocupación en Yucatán, especialmente por los perjuicios que podría acarrear su contacto con la población maya. Así lo revela una real cédula del 9 de septiembre de 1551, que consigna habían llegado informes sobre los muchos inconvenientes que se originaban por la entrada de negros en los pueblos de los naturales

y es causa que roben a los indios y les tomen sus mujeres e hijas y me fue suplicado lo mandase también remediar proveyendo que no entrase negro alguno en pueblo de indios en todas las dichas provincias de Yucatán y Cozumel ni que trajesen armas.<sup>58</sup>

La introducción a la provincia yucateca de negros esclavos se puede constatar en los permisos que debían obtenerse de la Corona para hacerlo, como el que se le concedió en 1555 al obispo de Yucatán, Fray Juan de la Puerta, para viajar a su

diócesis con cuatro esclavos negros para su servicio personal y se le condonó el pago de los derechos que ello implicaba.<sup>59</sup>

La presencia de los negros en Yucatán fue un hecho. Para el siglo XVII se hizo mención de presencia de negros en El Cuyo;<sup>60</sup> igual en el pueblo de Tixcoco se hablaba de un cuarto de negros y mulatos en 1670.<sup>61</sup> Robert Patch calculó poca presencia de negros en Mérida en 230, Valladolid 14 y Campeche 1101 para 1779.<sup>62</sup>

En las Leyes de Indias se estableció que los afrodescendientes pudieran redimirse comprando su libertad<sup>63</sup>. Algunos la obtuvieron durante la segunda mitad del siglo XVII, lo cual creó la idea de una reducción de la esclavitud durante el siglo XVIII y una esclavitud atenuada en las postrimerías coloniales. Es decir, los esclavos dejaron de ser lo que habían sido antes para convertirse en esclavos de confianza, esclavos casi de confianza, esclavos casi patriarcales. No ya trabajadores explotados en grado superlativo y sin ningún in-

centivo en su trabajo, sino trabajadores a quienes se confió la administración de las haciendas o de ciertos aspectos del trabajo en ellas, del mismo modo que se les permitió vivir en ciertas casas ricas.<sup>64</sup>

Sobre el tema de la esclavitud, Restall propone que en el caso yucateco a lo largo de la colonia fue una “ambigua” sociedad con esclavos, debido a la falta de una agricultura de plantación basada en esclavos y a la poca importación de estos. Los dueños de esclavos fueron la élite dirigente. La libertad se conseguía con alguna regularidad por concesión del amo o por compra del esclavo. Tal situación, generó la casi nula existencia de asentamientos de esclavos huidos. Así, remata que en el Yucatán colonial no existió una clara línea divisoria entre esclavos y libres, pues ambos tenían las mismas ocupaciones y tendían a ser percibidos de manera similar por españoles y mayas, situación que favoreció a que los esclavos disfrutaran las mismas oportunidades que tenían los libres, pero por otro lado contribuyó a mantener un tope para la movilidad social afro-yucateca.<sup>65</sup>

Diversas normas se establecieron para los afrodescendientes.<sup>66</sup> La regla genérica

era que no pagaron tributo por su carácter de esclavos, incluso en Yucatán a finales de la época colonial.<sup>67</sup> Una cédula generalísima<sup>68</sup> de 1572, recopilada posteriormente en las Leyes de Indias, ordenó que negros y mulatos libres pagaran tributo al rey. Un mes después, Felipe II estipuló que los hijos de negros esclavos con indias de igual forma estaban obligados a pagar tributo. Se procuraba que los negros se casasen con negras y los esclavos no obtenían la libertad por haber contraído matrimonio. En 1563 se normó que los hijos de españoles y negros lograban obtener la libertad si sus padres los compraban.

Tampoco podían los negros libres o esclavos servirse de los indios. A los negros esclavos se les negó el derecho a acudir a los órganos de justicia, incluso en 1544 se prohibió que los negros anduviesen de noche por las ciudades.<sup>69</sup>

Primeramente, se señaló que los negros y mulatos libres que no tuvieran oficio fueran condenados al trabajo en las minas, y si eran delincuentes el trabajo en las minas serviría a favor de la Real Hacienda. A los negros se les prohibió el uso de armas, con pena de perderlas la primera vez, la se-

57 Jorge Victoria Ojeda y Jorge Canto Alcocer, *San Fernando Aké: microhistoria de una comunidad afroamericana en Yucatán* (Mérida: UADY, 2006), 13.

58 AGI, México 2999, L. 1, ff. 64r-v, Real cédula a la Real Audiencia de Guatemala para que resuelva problemas relativos a Yucatán y Cozumel, Valladolid a 9 de septiembre de 1551.

59 AGI, México 2999, L. 1, f. 114r, Licencia a Juan de la Puerta para que introduzca 4 negros a la provincia de Yucatán y Cozumel para su persona, Valladolid a 17 de julio de 1555.

60 AGI, México 1068, L. 14, No. 2, ff. 31r-35r, Real cédula al gobernador de Yucatán sobre la fortificación de la villa y puerto de San Francisco de Campeche, Madrid a 12 de febrero de 1648.

61 AGI, México, 1070, L. 22, No. 1, ff. 234r-235r, Real cédula al obispo de Yucatán extrañándole no haber puesto edictos a dos beneficios vacos a que le exhortó el gobernador de aquella provincia, Madrid a 4 de febrero de 1670.

62 Robert Patch, *Maya and Spaniard in Yucatan, 1648-1812* (Stanford: Stanford University Press, 1993), 234.

63 ADLP, libro 7, Título 5, ley 81, Recopilación de Leyes de Indias.

64 Severo Martínez Peláez, *La patria del criollo. Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca* (México: BUAP, 1982), 276-277.

65 Matthew Restall, *The Black Middle. Africans, Mayas, and Spaniards in Colonial Yucatan* (Stanford: Stanford University Press, 2009).

66 Se prefiere usar este concepto, pues engloba las tres calidades: negros, mulatos y pardos. No por ello se dejan de usar estos términos en el texto cuando nos referimos específicamente a uno de estos grupos.

67 AGN, Instituciones Coloniales, Indiferente Virreinal, Caja 2972, Carta del intendente interino de Yucatán al Virrey informándole que los negros y mulatos libres por costumbre no pagan ni pagarán tributos, Mérida, Yucatán, 1810.

68 Estas rigieron para todo el territorio indiano (las reunidas en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680).

69 ADLP, leyes 1, 2, 5, 6, 7, 8, 12, título 5, libro 7, de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

gunda estarían en la cárcel y por tercera, si fueran esclavos, les serían dados cien azotes, y si eran libres destierro perpetuo de la provincia. En el caso de que algún afrodescendiente usara armas contra un español, aunque no lo hubiera herido, por primera vez se le darían cien azotes, clavándole la mano y a la segunda se la cortarían. El derecho de portar armas era prohibido a los negros, mulatos y pardos.<sup>70</sup>

En síntesis, nos referimos a una presencia mínima en la Península con relación a españoles e indios, pero no por ello dejaron de tener una serie de disposiciones jurídicas en torno a su calidad, ya sea de negros, mulatos y pardos libres o esclavos (véase tabla 1 para contrastar).

**Tabla 1.** Algunos derechos y obligaciones de los diferentes grupos socio-étnicos

	Espanoles	Indios	Afrodescendientes
<b>Tributo</b>	No	Sí	No
<b>Alcabala</b>	Sí	No	Sí
<b>Portar armas</b>	Sí	No, sí caciques	No (pardos sí)
<b>Libertad</b>	Sí	Sí	Sí redimidos - No
<b>Usos y costumbres</b>	Sí	Sí	No
<b>Uso de caballo</b>	Sí	No, sí caciques	No
<b>Diezmo</b>	Sí	Sí	Sí

Fuente: Elaboración propia con base en leyes y cédulas en ADLP, AGN y AGI.

70 ADLP, leyes 4, 7, 12 y 14, título 5, libro 7, de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

Finalmente tenemos a los mestizos, los cuales surgieron como una consecuencia lógica del proceso de conquista y colonización. Los españoles en un principio no llevaron a sus mujeres, por lo que algunos contrajeron nupcias o establecieron relaciones de concubinato con mujeres indígenas, a más de contactos ocasionales que derivaban en el nacimiento de una criatura. A los enlaces de españoles e indios pronto se sumaron las uniones con gente afrodescendiente, que dieron como resultado la aparición de mulatos, pardos y zambos.

De esta variedad de tipos de relación que dio origen al grupo mestizo, se puede deducir el carácter social -más que racial- de este grupo, pues un niño no reconocido por su padre español, que creciese en el entorno maya, quedaría clasificado como indígena, en tanto que si el padre lo reconocía se ubicaría en el mundo español, aun cuando fuere en desventaja por su condición de “hijo natural”.

Los mestizos eran artesanos, jornaleros o pequeños comerciantes; también participaron en la milicia.<sup>71</sup> Dado que los mestizos, mulatos y negros carecieron de derechos corporativos, como en efecto tuvieron los indios, muchas veces se diluyeron en los pueblos de indios, “indianizándose” no en sentido biológico, sino jurídico y posiblemente cultural. Numerosos caciques y

71 Laura Caso Barrera, *Caminos en la selva. Migración, comercio y resistencia. Mayas yucatecos e itzaes, siglos XVII-XIX* (México: COLMEX, Fondo de Cultura Económica, 2002), 61-62.

principales se hispanizaron prontamente, se les denominó ladinos. Los mestizos se encontraron en ventaja con respecto a los indios, no así con los españoles o criollos; no estuvieron obligados a tributar y tuvieron libertad para trasladarse a vivir de un lugar a otro.

Por otra parte, no se les permitió acceder a cargos públicos, tuvieron vedadas ciertas ocupaciones y las penas para un mismo delito eran más duras si el reo pertenecía a una casta. El ordenamiento jurídico encuadró rígidamente a los mestizos por sobre los indios y por debajo de españoles y criollos.<sup>72</sup>

Los mestizos provinieron tanto de uniones legalizadas como de uniones ocasionales, en cuyo caso su acomodo dentro de la sociedad dependió de las circunstancias de la madre o del reconocimiento que el padre podía darle: la misma posibilidad tenían de figurar entre los tributarios de un pueblo de indios que entre los vecinos de una fundación española, o alimentando el informe de masa de “vagos”, que eran solo gente sin “identificación formal y con un espíritu libre que preocupó a las autoridades”.<sup>73</sup>

En los pueblos de indios se estipuló con toda claridad prohibición para que mestizos accedieran a los puestos de alcaldes o gobernador de indios, “se haga indispen-

sablemente en indios puros de padre y madre y que nunca pueda hacer en mestizos, mulatos o cuarterones”.<sup>74</sup> También se estableció que a todos los mestizos, mulatos y negros libres se les pusiera a ayudar a los indios para alivianar el imponderable trabajo.<sup>75</sup>

### La configuración poblacional en Yucatán

Resulta imprescindible conocer al cúmulo social que habitó la gobernación de Yucatán, para así tener una perspectiva general de las personas que la conformaron.

#### Datos poblacionales

La conquista de México se cristalizó en el siglo XVI en 1521, con la caída de México-Tenochtitlan, aunque se inició unos años antes en algunas partes del territorio que se llamó Nueva España. Un impacto drástico para la población conquistada fue la introducción de nuevas patologías, ajena hasta entonces para los pobladores nativos de América. Los denominados indios, término por demás arbitrario, quedaron vinculados a pandemias, epidemias y endemias, cuya propagación fue facili-

74 Eusebio Ventura Beleña, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España* (México: Universidad Francisco Marroquín, 1787), 206.

75 Julio César Méndez Montenegro, *Autos Acordados de la Real Audiencia de Guatemala 1561-1807. Documentos Inéditos para la Historia del Derecho Indio Criollo* (México: B. COSTA-AMIC, 1976), 170.

72 Severo Martínez Peláez, *La patria del criollo. Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca* (México: BUAP, 1982), 268-269.

73 Bernardo García Martínez, *Los años de conquista en Nueva Historia de México* (México: COLMEX, 2014), 203-204.

tada por el nuevo sistema económico impuesto.<sup>76</sup>

La población indígena pronto se vio afectada por las nuevas enfermedades que los españoles les transmitieron, teniendo una gran susceptibilidad a los nuevos virus de los cuales no eran inmunes. Algunas de las principales estimaciones poblacionales continentales en el primer contacto con europeos se expresan en la tabla 2.

**Tabla 2.** Cálculos sobre la población continental antes de la llegada de los europeos

Sapper	37 485 000	1924
Spiden	40 000 000	1928
Rivert	13 000 000	1930
Kroeber	8 400 000	1939
Steward	15 590 000	1949
Rosenblat	13 385 000	1954
Borah	10 000 000	1964
Dobyns	9 000 000	1966
Morner	3 330 000	1967
Chaunu	8 000 000	1969

Fuente: Malvido, 2002, 22.

La sociedad maya tuvo que enfrentar diversas calamidades, incluso antes de la llegada de los europeos. Landa refiere la llegada de un huracán que causó estragos en la población, calenturas pestilenciales, guerras por la caída de Mayapán, plagas y

76 Elsa Malvido, "La población, siglos XVI al XX" en *Historia Económica de México*, editado por Enrique Semo y Elsa Malvido (México: UNAM, Océano, 2000), 24-25.

una peste de "grandes granos que les pudrían el cuerpo con gran hedor, de manera que se les caían los miembros a pedazos en tres o cuatro días".<sup>77</sup>

La población indígena en la Península de Yucatán disminuyó de manera drástica durante todo el primer siglo. Al conquistar Yucatán, Francisco de Montejo pobló Mérida como ciudad capital con setenta vecinos encomenderos de indios, y tres villas: la de Valladolid, con cuarenta, la de Salamanca de Bacalar con veinte y la de San Francisco de Campeche con otros veinte. Para ser considerado vecino debía cumplirse ciertos requisitos y tener registro formal en los libros de los ayuntamientos, pues otros habitantes podían tener diversas categorías como residentes.<sup>78</sup> La numerosa población originaria que encontraron los españoles disminuyó por diversas causas: la guerra de conquista, el choque cultural, enfermedades, epidemias, hambres, viruelas y otras pestilencias.<sup>79</sup> Se han elaborado cálculos en cuanto a la población durante la colonia en Yucatán que varían en gran medida.

A fines del siglo XVI en Yucatán siguió muy arraigada la idea de que las encomiendas proporcionaban mucha honra,

77 Diego de Landa, *Relación de las cosas de Yucatán* (Mérida: Sureste, Dante, 2010), 34-35.

78 Bernardo García Martínez, "Los años de conquista" en *Nueva historia mínima de México* (México: COLMEX, 2014), 201.

79 Mercedes de la Garza, *Relaciones histórico-geográficas de la gobernación de Yucatán* (México: UNAM, Fuentes para el estudio de la cultura maya, 1983), 66-71.

estimación y autoridad a los que llegaron a conseguir las. Al caducar el siglo XVI, Mérida contó con más de 300 vecinos. Es indudable que las desfavorables condiciones económicas de la provincia determinaron que en ella se mantuvieran estructuras sociales marcadas por las cuestiones sociales, económicas y políticas.<sup>80</sup>

La población indígena en Yucatán disminuyó de manera drástica durante el siglo XVI (Farris, 2012, 86-88), por lo que el contacto con los europeos significó una brusca caída, tendencia que se mantuvo hasta el siglo XVII. Gerhard apreció que habría 265,000 habitantes mayas en 1550 y sólo 150,000 hacia 1600. Cook y Borah calcularon 233,776 indígenas para 1549.<sup>81</sup>

Para 1688 Mérida reunía una cantidad de indígenas y vecinos que se estimó en 8,000 y 10,000 individuos, es decir más del doble de los que albergaba un siglo antes (García Bernal, 2005, 102). Para finales del siglo XVIII, Humboldt consignó 28,393 habitantes (Humboldt, 1969, 38), o sea que prácticamente en cien años Mérida triplicó su población. En 1807 el gobernador estimó 30,000 habitantes para Mérida, en tanto que Valladolid registraba 11,860 en 1784,

80 María Cristina García Bernal, *Economía, política y sociedad en el Yucatán colonial* (Mérida: UADY, 2005), 392-401.

81 Sherbune Cook y Borah Woodrow, *Ensayos sobre historia de la población: México y el Caribe* (México: FCE, 1998), 35-40.

siendo desplazada por Campeche que ese mismo año contó 16,940 habitantes.<sup>82</sup>

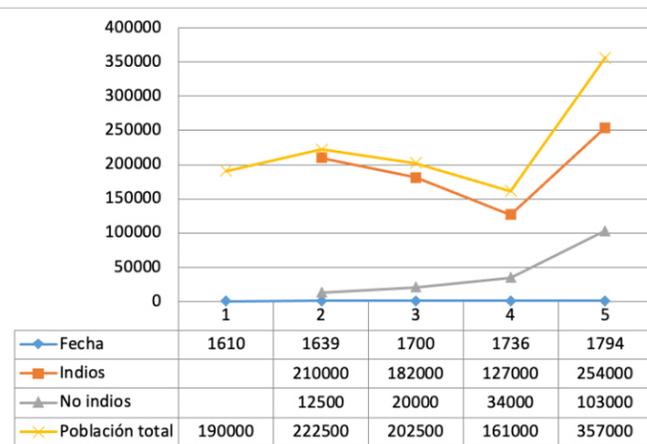
La configuración social de las tres villas en Yucatán fue diversa, en ellas afloró la rígida jerarquización social que en Mérida y Valladolid existió, cuya cúspide había sido asumida por la clase encomendera. Así, la aristocracia encomendera estuvo en un primer plano, mostrándose el resto de la población claramente relegada a un segundo plano. La familia, nuclear y extensa, fue la base de toda la organización social. Los porcentajes más altos de población española se ubicaron en los distritos de Mérida y Campeche, seguidos por Valladolid y Bacalar.

La población hacia 1700 se vislumbraba en 185,000 indígenas, cantidad que ascendió a 380,000 en el año de la Independencia. Por otro lado, la población no indígena, explica Gabriela Solís: "se estimó en 1,500 para 1550, un siglo después para 1650, se calculó en 8,400; en 1700 la cantidad asciende a 21,250 y en 1821 se calcula una población de 120,000".<sup>83</sup> De acuerdo al censo de 1811, los indios representaban el 76% de la población, mientras que los no

82 Manuel Miño Grijalva, *El mundo novohispano. Población, ciudades y economía, siglos XVII y XVIII* (México: FCE, COLMEX, 2001), 102.

83 Gabriela Solís Robleda, *Bajo el signo de la compulsión. El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730* (México: INAH/CIESAS/Instituto de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003), 14-15.

**Figura 3.** Población total de Yucatán, 1610-1794



Fuente: Elaboración propia con base en Cook y Borah, Ensayos sobre historia...pp.119-120.

indios conformaban otro 30%.<sup>84</sup> (Véase tablas 3, 4 y figura 3).

**Tabla 3.** Población en Yucatán en la época colonial

Población	1550	1600-1650	1700	1810-1821
Indígena	265 000	150 000	185 000	380 000
No indígena	1500	8400	21 250	120 000

Fuente: Gerhard, 1991.

**Tabla 4.** Población de Yucatán entre 1610-1794

Fecha	Indios	No indios	Población total
1610			190 000
1639	210 000	12 500	222 500
1700	182 000	20 000	202 500
1736	127 000	34 000	161 000
1794	254 000	103 000	357 000

Fuente: Cook y Borah, 1998, 119.

La figura 3 expresa cómo la población en Yucatán tuvo una baja considerable, si se comparan las cifras que algunos estudiosos ofrecen de la población antes de la conquista, es interesante ver cómo disminuye la curva poblacional en el siglo XVII y primera mitad del siglo XVIII. La recuperación, tanto de indios y no indios como de la población total, se demuestra con claridad en la primera mitad del siglo XVIII.

Podemos decir que la población de Yucatán tuvo un marcado descenso entre 1550 y 1601; después se recuperó de manera rápida en los siguientes 40 años, hasta alcanzar en 1643 el nivel que tuvo hacia mediados del siglo XVI.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Alicia del Carmen Sánchez Contreras, *Población, economía y empréstitos en Yucatán a fines de la época colonial* (Tesis de Doctorado, COLMICH, 2004), 146.

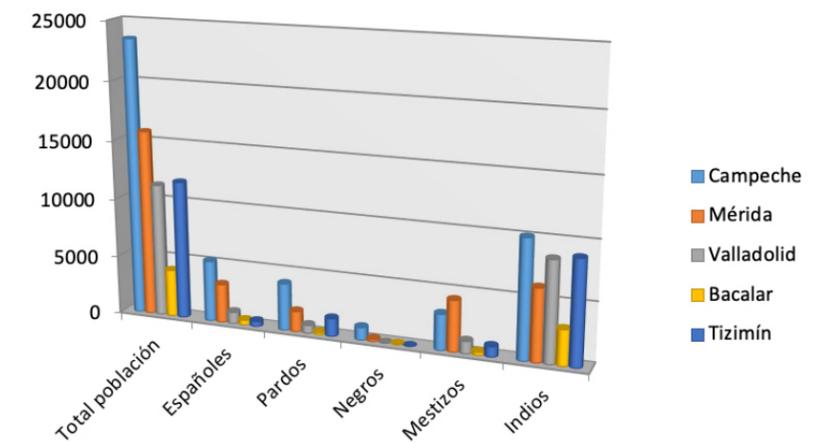
<sup>85</sup> Manuel Miño Grijalva, *El mundo novohispano. Población, ciudades y economía, siglos XVII y XVIII* (México: FCE, COLMEX, 2001), 104.

**Tabla 5.** Estructura de la población de Yucatán por distritos políticos, 1779

	Total población	Espanoles	Pardos	Negros	Mestizos	Indios
Campeche	23479	5211	4033	1101	3070	10064
Mérida	15821	3311	1774	230	4351	6155
Valladolid	11332	1008	694	14	1066	8550
Bacalar	4025	432	208	55	292	3038
Tizimín	11771	459	1534	14	900	8864

Fuente: Patch, 1993, 234.

**Figura 4.** Estructura de la población de Yucatán por distritos políticos, 1779



Fuente: Elaboración propia con base en Robert W. Patch, *Maya and Spaniard in Yucatan*, p. 234

En términos demográficos es importante tener en cuenta el problema que representaron los indios huidos. En la década de 1630 se hablaba de la existencia de más de 30,000 fugitivos de la provincia de Yucatán que habían escapado hacia la zona de la montaña, término utilizado en la documentación colonial para referirse a aquellos indios que se encontraban en territorios fuera de la administración y el control de españoles, otros documentos la

denominan como “los montes”. En las décadas siguientes se calculó que esa población osciló entre 15,000 y 20,000. La fuga de los indios a “la montaña” fue un proceso constante durante los siglos XVI, XVII y XVIII, situación que acarreó sublevaciones, motines, conspiraciones y revueltas.<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Pedro Bracamonte y Sosa, *La conquista inconclusa de Yucatán: los mayas de las montañas, 1560-1680* (México: CIESAS, Miguel Ángel Porrúa, 2001), 15.

**Tabla 6.** Epidemias y hambrunas en el Yucatán colonial, 1535-1810

Años	Sucesos	Años	Sucesos
1535-1541	Hambruna	1699	Epidemia
1564	Sequía	1700	Hambruna
1566	Epidemia	1726-1727	Hambruna, epidemia
1569-1570	Epidemia	1730	Hambruna
1571-1572	Hambruna	1742	Hambruna
1575-1576	Epidemia y hambruna	1765-1768	Hambruna (huracán)
1604	Hambruna	1769-1774	Hambruna (langosta)
1609	Epidemia (tifo)	1787	Hambruna
1618	Hambruna (langosta)	1795	Hambruna
1627-1631	Hambruna	1799	Epidemia
1648-1650	Epidemia (fiebre amarilla)	1800-1804	Hambruna (sequía)
1650-1653	Hambruna	1807	Hambruna (huracán)
1659	Epidemia (sarampión)	1809-1810	Hambruna, epidemia
1692-1693	Hambruna y epidemia		

Fuente: Farris, 2012, 94.

Las calamidades que se registraron a lo largo de la época colonial estuvieron marcadas por el hierro de las epidemias, como se observa en la tabla 6. El encuentro entre dos poblaciones con historias distintas de adaptación a agentes patógenos, constituyó el factor que desencadenaba severas disrupciones que amenazaban la subsistencia física y la reproducción social de la población nativa.

De tal suerte, la inmunodeficiencia es una variable ineludible para comprender la vulnerabilidad de la población indígena a los efectos de las calamidades, la cual, desde luego, debe ser analizada en conjunto con otros elementos, como los mecanismos iniciales empleados por el

colonialismo para integrar a la población indígena.<sup>87</sup>

Como se desprende de la figura 4, para finales del siglo XVIII la población en las principales poblaciones de Yucatán fue variada, la mayor presencia de negros y pardos estuvo en Campeche; Valladolid fue la tercera en población total, teniendo mayoría de indios, seguida de españoles y mestizos. En Mérida principalmente fueron mestizos e indios, en Bacalar la presencia indígena tuvo mayor representación, lo mismo que en Tizimín; la ciudad con ma-

<sup>87</sup> Paola Peniche Moreno, *Tiempos aciagos. Las calamidades y el cambio social del siglo XVIII entre los mayas de Yucatán* (México: Colección Peninsular, CIESAS, 2010), 298-299.

yor cantidad de españoles fue la capital de Yucatán (véase tabla 6 y figura 4).

### Consideraciones finales

De lo expuesto en este artículo se pueden destacar algunos hallazgos sobre la configuración de la sociedad en la gobernación de Yucatán. La idea fue presentar datos duros y cruzarlos con los datos cualitativos para tener un panorama lo más amplio posible de la configuración social. Con ello damos respuesta a las preguntas planteadas en este trabajo ¿Cuáles fueron los derechos de las personas ante las autoridades e instituciones? ¿Qué tan heterogénea fue la sociedad yucateca de la colonia?

Un primer hallazgo es que la población en Yucatán sufrió grandes cambios debido a coyunturas como la conquista, guerras, epidemias y calamidades, logrando una recuperación lenta para el siglo XVII. Hacia 1610 la población total rondó los 190,000 habitantes, para 1700 se estimó en 225,000 y para 1794 fueron 357,000. Estos datos demográficos nos permiten recrear una sociedad que fue cambiando con el paso del tiempo, donde no sólo estuvieron indios y españoles, sino un conglomerado pluriétnico, en la cual convivieron diversas castas que surgieron de la combinación de indios, españoles y negros. Esta recreación resulta fundamental para conocer quiénes fueron las personas durante la época colonial en Yucatán.

Otro hallazgo tiene que ver con los estatutos jurídicos establecidos en la gobernación de Yucatán; españoles y criollos se encontraron en el punto más alto de la jerarquía social yucateca, siendo encomenderos y obteniendo puestos públicos, militares, políticos, religiosos y judiciales; los indios gozaron de cierta autonomía en sus repúblicas prohibiéndoseles la presencia de españoles y otros grupos, se respetó el derecho consuetudinario maya. Con la coyuntura de las Leyes Nuevas de 1542 se estableció la libertad de los naturales, creando una tendencia de parte de la Corona Española al proteccionismo y resguardo de sus derechos. Por último, estaban los afrodescendientes, quienes fueron introducidos por comerciantes, dependieron de su calidad de libres o esclavos, se encontraban en la peor situación jurídica, las penas a estos eran mayúsculas, no se les permitió usar caballos y generalmente fueron usados en los trabajos más arduos, aunque como observamos en Yucatán, la propuesta de Restall señala que los afrodescendientes lograron evitar en gran medida la esclavitud debido al propio sistema económico yucateco.

Otra consideración sería la relativa al poder. Éste tuvo como máximo depositario del poder político y de justicia al gobernador de Yucatán. El poder se ejerció a través de jurisdicciones, que como se ha señalado fueron complejas y deben ser observadas de forma circular, se dividie-

ron en tres grandes rubros: la religiosa, la suprema y la de los pueblos. En ellas confluyeron autoridades como el gobernador, el cacique, alcaldes y obispos, entre otros, que debieron ejercer el poder jurisdiccional en los territorios puestos a su mando. Cada jurisdicción tuvo sus alcances y sus límites, derechos y obligaciones estipulados por leyes y cédulas reales, todas necesarias para echar a andar el andamiaje normativo, político e institucional de una sociedad compleja, compuesta de conquistados y conquistadores, encomenderos e indios, autoridades políticas y religiosos, caciques, negros, esclavos. Todos son elementos necesarios para comprender que esta historia nos puede llevar más allá de los marcos jurídicos para entender símbolos, prácticas, mentalidades y representaciones de la configuración social y política de la gobernación de Yucatán durante la época colonial.

Por último, resaltamos la importancia de estudiar los procesos históricos en la larga duración, pues ello nos permite entender qué tanto ha cambiado el sistema de gobierno en una región determinada, qué elementos se conservan y cuáles son el resultado de un pluralismo cultural y social propio de todo grupo humano. Es decir, visualizar los cambios y continuidades que sufrió el sistema normativo yucateco para comprender sus alcances.

## Bibliografía

### Fuentes primarias

#### Monografías

- Bracamonte y Sosa, Pedro. *Los mayas y la tierra. La propiedad indígena en el Yucatán colonial*. México: CIESAS, Colección Peninsular, Instituto de Cultura de Yucatán, Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- Bracamonte y Sosa, Pedro. *Tiempo cíclico y vaticinios. Ensayo etnohistórico sobre el pensamiento maya*. México: CIESAS, Colección Peninsular, Miguel Ángel Porrúa, 2010.
- Bracamonte y Sosa, Pedro y Gabriela Solís Robleda. *Espacios mayas de autonomía: el pacto colonial en Yucatán*. 1a ed. Mérida: Universidad Autónoma de Yucatán, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 1996.
- Braudel, Fernand. *Aportación de la historia de las civilizaciones: la historia y las ciencias sociales*. Madrid: Alianza, 1968.
- Caso Barrera, Laura. *Caminos en la selva. Migración, comercio y resistencia. Mayas yucatecos e itzaes, siglos XVII-XIX*. México: COLMEX, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Cook, Sherburne y Woodrow Borah. *Ensayos sobre historia de la población: México y el Caribe*. México: FCE, 1998.
- Cunill, Caroline. *Los defensores de indios de Yucatán y el acceso de los mayas a la justicia colonial (1540-1600)*. Mérida: UNAM, Centro Peninsular en Humanidades y Ciencias Sociales, 2012.
- De la Garza, Mercedes. *Relaciones histórico-geográficas de la gobernación de Yucatán, México*.

México: UNAM, Fuentes para el estudio de la cultura maya, 1983.

- De Landa, Diego. *Relación de las cosas de Yucatán*. Mérida: Sureste, Dante, 2010.
- Elliot, John. *España y su mundo, 1500-1700*. Madrid: Alianza, 1991.
- Farris, Nancy. *La sociedad maya bajo el dominio colonial*. México: CONACULTA, INAH, Artes de México, 2012.
- García Bernal, María Cristina. *Economía, política y sociedad en el Yucatán colonial*. Mérida: UADY, 2005.
- García de Palacio, Diego. *Visita de Diego García de Palacio a Yucatán 1583*. México: Primera edición, Edición anotada y crítica de Inés Ortiz Yam y Sergio Quezada, UNAM, 2009.
- García Martínez, Bernardo. Los años de conquista, en *Nueva historia mínima de México*. México: COLMEX, 2014.
- Gerhard, Peter. *La frontera sureste de la Nueva España*. México: Instituto de Investigaciones Históricas, Instituto de Geografía, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- Gómez Granillo, Moisés. *Breve historia de las doctrinas económicas*. México: Esfinge, 1996.
- Humboldt, Alexander von. *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*. México: Porrúa, 1969.
- Martínez Peláez, Severo. *La patria del criollo. Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca*, séptima edición. México: BUAP, 1982.
- Méndez Montenegro, Julio César. *Autos acordados de la Real Audiencia de Guatemala 1561-1807. Documentos inéditos para la histo-*

*ria del derecho indiano criollo*. México: B. Costa-Amic, 1976.

- Miño Grijalva, Manuel. *El mundo novohispano. Población, ciudades y economía, siglos XVII y XVIII*, Fideicomiso Historia de las Américas, serie Hacia una nueva historia de México. México: FCE, Colmex, 2001.
- O'Gorman, Edmundo. *Historia de las divisiones territoriales de México*. México: Porrúa, 1966.
- Patch, Robert. *Maya and Spaniard in Yucatan, 1648-1812*. Stanford: Stanford University Press, 1993.
- Peniche Moreno, Paola. *Tiempos aciagos. Las calamidades y el cambio social del siglo XVIII entre los mayas de Yucatán*. México: Colección Peninsular, CIESAS, 2010.
- Restall, Matthew. *The Black Middle. Africans, Mayas, and Spaniards in Colonial Yucatan*. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- Ruz Sosa, Mario Humberto. *Yucatán: un universo peninsular. El mundo colonial*. Tomo 2. México: SEP, UNAM, CEPHCIS, 2009.
- Solís Robleda, Gabriela. *Bajo el signo de la compulsión. El trabajo forzoso indígena en el sistema colonial yucateco 1540-1730*. México: INAH/CIESAS/Instituto de Cultura de Yucatán/ Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- Solís Robleda, Gabriela. *Entre la tierra y el cielo: religión y sociedad en los pueblos mayas del Yucatán colonial*. México: CIESAS, Miguel Ángel Porrúa, 2005.
- Solís Robleda, Gabriela. *Entre litigar justicia y procurar leyes. La defensoría de indios en el Yucatán colonial*. México: CIESAS Peninsular, Porrúa, 2013.

Victoria Ojeda, Jorge y Jorge Canto Alcocer. *San Fernando Aké: microhistoria de una comunidad afroamericana en Yucatán*, volumen 24 de Libros Científicos. Mérida: UADY, 2006.

Wobeser, Gisela von. *Historia de México*. México: FCE, SEP, Academia Mexicana de Historia, 2010.

#### Tesis

Bolio Ortiz, Juan Pablo. *De las justicias indígenas a las justicias castellanas. Dinámica del proceso judicial en la jurisdicción de Quetzaltenango, Guatemala (1700-1750)*. Tesis de Maestría, CIESAS, 2010.

Sánchez Contreras, Alicia del Carmen. *Población, economía y empréstitos en Yucatán a fines de la época colonial*. Tesis de Doctorado, COLMICH, 2004.

#### Archivos

AGCA: Archivo General de Centro América

AGEY: Archivo General del Estado de Yucatán

AGI: Archivo General de Indias

AGN: Archivo General de la Nación

ADLP: Archivo Digital de la Legislación del Perú

AHN: Archivo Histórico Nacional

NYPL: Biblioteca Pública de Nueva York

#### Fuentes secundarias

Malvido, Elsa. La población, siglos XVI al XX en *Historia Económica de México*, editado

por Enrique Semo y Elsa Malvido. México: UNAM, Océano, 2000, 253.

Peniche Moreno, Paola. Migración y parentesco en una parroquia del norte de Yucatán siglo XVIII en *Problemas demográficos vistos desde la historia. Análisis de fuentes, comportamientos y distribución de la población en México, siglos XVI-XIX*, editado por América Molina del Villar. México: CIESAS, 2006, 285-315.

Ruz Sosa, Mario Humberto. Nombrar para habitar: la morada maya en las grafías coloniales en *Nah, Otoch. Concepción, factura y atributos de la morada maya*, editado por Fabienne de Pierrebouurg y Mario Humberto Ruz Sosa. Izamal: UNAM, SEGEY, 2014, 259.

Ventura Beleña, Eusebio. *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*. México: Universidad Francisco Marroquín, 1787.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0  
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ<sup>1</sup>

FECHA DE ENVÍO: 30 de noviembre 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 18 de marzo 2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.4>

## PANEL LABORAL GENERAL Y MECANISMO LABORAL DE RESPUESTA RÁPIDA EN INSTALACIONES ESPECÍFICAS DEL T-MEC

### General Labor Panel and Rapid Response Labor Mechanism in Specific Facilities of the T-MEC

#### Resumen:

En este trabajo de investigación se analizaron las diversas obligaciones laborales pactadas en el T-MEC, así como los procedimientos arbitrales previstos tanto en el Protocolo por el que se sustituye al TLCAN por el T-MEC del 30 de noviembre de 2018 como en el Protocolo Modificatorio del T-MEC del 10 de diciembre de 2019. Con especial cuidado se examinó lo escrito con letra chica en las Notas al pie de página de este último, donde se incluyeron importantes cambios. Se estudió el Panel Laboral General, su competencia, los requisitos que cualquiera de las Partes debe cumplir para presentar una reclamación, la carga probatoria para la demandada y la adopción de medidas de represalia, en su caso. Adicionalmente, se analizó el denominado Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México Estados Unidos, su competencia, la diferencia en cuanto a los requisitos que debe cumplir cada una de las Partes para presentar una reclamación, la carga de la prueba para la demandada y las sanciones que se pueden imponer. Finalmente se analizaron los cinco agregados laborales adscritos a la embajada o al consulado de Estados Unidos para vigilar y hacer cumplir las obligaciones laborales de México, los cuales, aunque no fueron pactados en el T-MEC, están previstos en la United States-Mexico-Canada Agreement Implementation Act HR5430.

Palabras clave: resolución; disputas; laborales; T-MEC.

#### Abstract:

In this research work, the various labor obligations agreed in the T-MEC were analyzed, as well as the arbitration procedures provided for both in the Protocol that replaces NAFTA by the T-MEC of November 30, 2018 and in the Protocol Modification of the T-MEC of December 10, 2019. With special care, what was written in fine print in the footnotes of the latter was examined, where important changes were included. The General Labor Panel was studied, its competence, the requirements that any of the Parties must meet to file a claim, the burden of proof for the defendant and the adoption of retaliatory measures, if applicable. Additionally,

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado Presidente de la Primera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1 del Conacyt. Correo electrónico: juansaldanaperez@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-0345-2072

the so-called Rapid Response Labor Mechanism in Specific Facilities Mexico United States was analyzed, its competence, the difference in terms of the requirements that each of the Parties must meet to present a claim, the burden of proof for the defendant and the sanctions that can be imposed. Finally, the five labor attachés assigned to the United States embassy or consulate to monitor and enforce Mexico's labor obligations were analyzed, which, although they were not agreed upon in the T-MEC, are provided for in the United States-Mexico-Canada Agreement Implementation Act HR5430.

Keywords: settlement; disputes; labor; USMCA.

## INTRODUCCIÓN

**E**s del dominio público que el gobierno norteamericano impusiera la actualización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (TLCAN). Desde antes del inicio de las negociaciones, el presidente Trump amenazó con abandonarlo si no se satisfacían sus demandas por considerar que era “el peor acuerdo comercial de la historia”.

Incluso durante la negociación, Trump manifestó que el TLCAN había sido un desastre para Estados Unidos por diversos motivos, como el robo de las inversiones y empleos, el *dumping* laboral e injustas reglas de origen del sector automotriz, lo que había provocado un gran “déficit en la balanza comercial con México”. Además, por motivos de seguridad nacional, justificó la necesidad de construir un “muro fronterizo” para frenar la migración y el narcotráfico, entre otras amenazas, calificando a México como el país más peligroso del mundo.

Durante décadas Estados Unidos ha acumulado un déficit comercial grande y creciente con el resto del mundo, incluido México, especialmente después de la aprobación del TLCAN en 1994. El comercio entre Estados Unidos y México creció con el TLCAN, pero contrario a las predicciones y la teoría estándar del comercio, el

tratado no produjo ganancias salariales notables en México.

El TLCAN suponía un crecimiento de empleo, salarios y productividad en los trabajadores de los tres países; no obstante, esto no ha sucedido. No solamente se ha ampliado la brecha salarial y productiva, sino que no ha habido un incremento en la creación de empleos y en todos los sectores económicos del país se ha observado la constante pérdida de empleos formales.<sup>2</sup>

Estudios revelan que el déficit comercial de Estados Unidos ha crecido más lentamente con países que han implementado normas laborales más estrictas. Entre 2000 y 2007, la brecha entre las exportaciones y las importaciones de Estados Unidos aumentaron más rápidamente para países con menor o inexistente protección laboral que con aquellos países con algunos o fuertes derechos laborales.

Al respecto, Weller considera que mejores estándares laborales en México podrían disminuir el déficit en la balanza comercial de Estados Unidos. Lo anterior debido a que se incrementarían los ingresos de los trabajadores mexicanos, repercutiendo positivamente en el aumento de las exportaciones estadounidenses, y reduciría la ventaja del bajo costo de la producción en México por los bajos salarios

y condiciones laborales, puesto que los trabajadores no podrían ser mal pagados, lo que disminuiría la cantidad de importaciones de productos mexicanos a Norteamérica.<sup>3</sup>

En este orden de ideas, en la campaña de 2016, Hillary Clinton abandonó su apoyo al Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TTP-TIPAT) y prometió revisar el TLCAN y defender los beneficios de los trabajadores estadounidenses en las negociaciones internacionales.<sup>4</sup>

Posteriormente, el 23 de enero de 2017, Donald Trump, inmediatamente después de asumir la presidencia, firmó una orden ejecutiva para retirar a Estados Unidos del TTP al considerar que era “un desastre potencial para el país” y dañaría al sector manufacturero.<sup>5</sup>

En el 2018, México suscribió el Tratado Integral y Progresista de la Asociación

<sup>2</sup> Carrillo Huerta y otros, La renegociación del TLCAN y sus posibles impactos en el desarrollo regional del país. En: *Las relaciones México-Estados Unidos en la coyuntura actual*. Carrillo Huerta, Mario Miguel, Coordinador, Consejo Latinoamericano de Ciencias (Clacso), Puebla, México, 2017, p. 281.

<sup>3</sup> Weller, Christian E. The Future of North American Trade Policy. Lesson from NAFTA. Boston University, *The Frederick S. Pardee Center for the Study of Longer-Range Future*, noviembre 2009, pp. 71, 72 y 75.

<sup>4</sup> Puyana, Alicia. Del Tratado de Libre Comercio de América del Norte al Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá. ¿Nuevo Capítulo de Integración México Estados Unidos?. *El Trimestre Económico*, LXXXVII(3), núm. 347, julio-septiembre de 2020, p. 636.

<sup>5</sup> El TPP (Trans-Pacific Partnership) fue uno de los temas centrales en materia de comercio exterior del gobierno del expresidente Barack Obama, que invirtió siete años en su negociación. Los países miembros representaban un tercio del comercio internacional y sumaban unos 800 millones de habitantes. *BBC Mundo*. Donald Trump retira a Estados Unidos del TPP, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38723381>

Transpacífico (TIPAT),<sup>6</sup> donde se comprometió a reformar las leyes secundarias que permitan el cumplimiento de obligaciones pactadas en el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptar derechos fundamentales reconocidos por este organismo y fortalecer la justicia laboral, convirtiéndose así, en el antecedente directo del capítulo laboral del nuevo Tratado México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

Con el objeto de cumplir con los compromisos adquiridos en el Comité de Libertad Sindical de la OIT y en la negociación del TIPAT, en febrero de 2017 se reformaron los artículos 107 y 123 de la Constitución, sentando las bases para modernizar el sistema de justicia laboral y transformar el régimen sindical y de negociación colectiva en México. En septiembre de 2018, el senado aprobó el Convenio 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva, adoptado por México desde 1949.<sup>7</sup>

Después de más de un año de constantes amenazas del presidente Trump y de difíciles negociaciones,<sup>8</sup> el 30 de noviembre del 2018, Estados Unidos, México y Canadá (las Partes) suscribieron el Proto-

colo por el que se Sustituye el TLCAN por el T-MEC,<sup>9</sup> donde, en el Capítulo 23 se incluyeron las obligaciones y derechos laborales previstos, tanto en el TIPAT, como en los diversos tratados de la OIT, así como un mecanismo de solución de diferencias para hacer valer su cumplimiento.<sup>10</sup>

Sin embargo, aun cuando los tres países habían suscrito el nuevo acuerdo comercial, faltaba la aprobación de sus correspondientes órganos internos, y particularmente del Congreso norteamericano dominado por el partido demócrata que condicionó su voto aprobatorio a que México modificara su legislación en materia laboral conforme a la referida reforma constitucional de 2017.

En respuesta a las exigencias de Estados Unidos, en el mes de mayo de 2019,<sup>11</sup> México modificó su legislación laboral adecuándola a la Constitución y a los compromisos asumidos en diversos tratados,

6 Decreto Promulgatorio del TIPAT, D.O.F. 29 de noviembre de 2018.

7 Banco de México, Consideraciones sobre la Reforma Laboral de 2019, Extracto del Informe Trimestral enero-marzo 2019, Recuadro 4, pp. 35-37, mayo 2019.

8 Las pláticas iniciaron de manera formal desde el 15 de agosto de 2017.

9 Decreto que aprueba el Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC del 30 de noviembre del 2018, Senado de la República, D.O.F. 29 de julio de 2019.

10 Es importante mencionar que, derivado de la negociación del TLCAN de 1994, se celebraron dos Acuerdos Paralelos, uno en materia ambiental y otro en materia laboral. En este último, los tres países incluyeron compromisos relativos al cumplimiento de sus leyes laborales; sin embargo, estos acuerdos paralelos no formaron parte del tratado y su cumplimiento fue limitado.

11 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, del Instituto Nacional de la Vivienda para Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva. D.O.F. 01 de mayo de 2019.

incluido el futuro T-MEC. Estas reformas, en términos generales, se pueden resumir en los siguientes grandes objetivos en beneficio de los trabajadores:<sup>12</sup>

Primero. Garantizar una mayor libertad y democracia para los trabajadores en la elección de sus representantes sindicales, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas de los sindicatos.

Segundo. Hacer más expedito el sistema de impartición de justicia laboral, creando tribunales dependientes del Poder Judicial y favoreciendo la conciliación.

Tercero. Prevenir cualquier tipo de discriminación en el trabajo.

Cuarto: Regular los derechos de los trabajadores del campo y del hogar.

En efecto, el partido demócrata de Estados Unidos pidió algunos cambios a la legislación interna mexicana, principalmente tratándose de la democracia sindical, los salarios a los trabajadores y el manejo de la impartición de justicia. En realidad, estos cambios eran verdaderamente necesarios, sobre todo, porque los sindicatos mexicanos no informaban a sus integrantes de lo que hacían sus líderes sindicales, eligiéndose y reeligiéndose los

12 Banco de México, Consideraciones sobre la Reforma Laboral de 2019, Extracto del Informe Trimestral enero-marzo 2019, Recuadro 4, pp. 35-37, mayo 2019.

dirigentes sin tomar en cuenta a los empleados y con una espantosa corrupción que hicieron millonarios a esos líderes. De igual forma, los tribunales laborales se han conducido bajo esquemas organizativos deprimentes, dependiendo del mismo poder ejecutivo, no del judicial, y de igual forma, sin considerar a los trabajadores, especialmente en los sindicatos corruptos que dependían del presidente, por medio de la Secretaría del Trabajo. Era urgente realizar estos cambios y ajustes.<sup>13</sup>

Una vez realizadas las reformas a las leyes secundarias en materia laboral, favoreciendo a millones de trabajadores de todo México, el 10 de diciembre del 2019, los tres países firmaron el Protocolo Modificador del T-MEC (Protocolo Modificador), donde se incluyeron importantes cambios y adiciones al texto original del 2018, incluyendo un mecanismo especial de solución de controversias en materia de libertad de asociación y negociación colectiva en instalaciones específicas.<sup>14</sup>

13 Silva Silva, Jorge Alberto, *Relaciones del Tráfico Jurídico Internacional en el Derecho Mexicano del Trabajo*, Primera edición, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2021, p. 255. <http://amedip.org/>

14 Las modificaciones acordadas por el negociador único de México se refieren a diversos capítulos y entrarán en vigor en la misma fecha que el T-MEC. En el caso de Estados Unidos, se expidió la Ley de Implementación respectiva. Cruz Barney, Oscar, *La Solución de Controversias en Materia Laboral en el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América y Canadá*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, núm., 18, p. 27.

Tres días después, el 13 de diciembre, el Congreso norteamericano aprobó tanto el Protocolo que Sustituye el TLCAN por el T-MEC como el Protocolo Modificadorio, y para darles validez e incorporarlos a su sistema jurídico, expidió una ley nacional denominada *United States-Mexico-Canada agreement implementation act HR5430* (USMCA Implementation Act).<sup>15</sup>

Por su parte, el 29 de junio de 2020, el senado mexicano aprobó tanto el Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC como el Protocolo Modificadorio.<sup>16</sup> En virtud de que ambos instrumentos integran el tratado comercial, en lo sucesivo me referiré a uno u otro, o en su conjunto al T-MEC, según proceda.

En resumidas cuentas, con el propósito de lograr la aprobación del Congreso norteamericano, Trump aceptó las propuestas de los demócratas en materia laboral. En México, López Obrador consideró las propuestas laborales en el T-MEC como la

vía para desactivar la oposición a su política de distribución del ingreso, asegurar la reforma laboral de 2018 y eliminar, o al menos paliar, la pérdida acumulada desde 1976 del valor adquisitivo del salario mínimo real. Las autoridades mexicanas muestran optimismo y enfatizan el sentido social del nuevo tratado que busca elevar, o al menos revertir, la caída de las remuneraciones y el bienestar de la clase trabajadora. En tanto que el sector privado difiere un tanto al considerar que algunas medidas podrían encarecer la producción y reducir las exportaciones.<sup>17</sup>

En seguida se analizan las obligaciones que en materia laboral asumieron los tres países. Posteriormente se estudia el Panel laboral general y el MLRR en instalaciones específicas previsto en el T-MEC y finalmente se examinan los cinco agregados laborales adscritos a la embajada o al consulado de Estados Unidos en México, creados en la USMCA Implementation Act.

### Obligaciones laborales

En el Capítulo 23 del T-MEC, México, Estados Unidos y Canadá (las Partes) asumieron las siguientes obligaciones en materia laboral: derechos laborales, no derogación, aplicación de leyes, violencia contra trabajadores, trabajo forzoso u obligatorio, trabajadores migrantes, discrimina-

ción en el centro de trabajo y justicia laboral.

En el artículo 23.3, los tres países se comprometieron a adoptar, mantener (no derogar) y aplicar en sus leyes, regulaciones y prácticas que deriven de estas, los siguientes derechos laborales tal y como se establecen en la Declaración de la OIT sobre los Derechos en el Trabajo:

- I. Libertad de asociación (incluido el derecho de huelga), reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- II. Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- III. Abolición efectiva del trabajo infantil,
- IV. Eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación (salarial, de género, acoso, etc.), y
- V. Condiciones aceptables de trabajo (salarios mínimos, horas de trabajo, seguridad y salud en el trabajo).

Es necesario hacer notar que los compromisos asumidos son desbalanceados y obligan más a México que a los Estados Unidos. Por ejemplo, México ha suscrito las nueve resoluciones fundamentales y vinculantes de la OIT y los Estados Unidos solo dos.<sup>18</sup>

De igual manera, se obligaron a no renunciar ni ofrecer renunciar a aplicar o derogar sus leyes o regulaciones que im-

plementen los Derechos Laborales referidos en el artículo 23.3 de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes.<sup>19</sup>

Además, asumieron el compromiso de no dejar de aplicar efectivamente sus leyes laborales a través de un curso de acción o inacción sostenido (constante o continuo) o recurrente (periódico o repetido) en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.<sup>20</sup>

Convinieron que abordarán de manera efectiva los incidentes de violencia, amenazas e intimidación contra trabajadores directamente relacionados con el ejercicio o el intento de ejercer los derechos laborales previstos en el artículo 23.3, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.<sup>21</sup>

También se comprometieron a prohibir la importación de mercancías producidas, en su totalidad o en parte, por trabajo forzoso u obligatorio, incluido el trabajo infantil bajo dichas condiciones, y a establecer un mecanismo de cooperación trinacional para identificar dichas mercancías.<sup>22</sup>

Al implementar el Artículo 23.3 (Derechos Laborales) cada Parte asegurará que los trabajadores migrantes estén protegi-

<sup>15</sup> An Act to implement the Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada attached as an Annex to the Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement, april 18<sup>th</sup>, 2020, H.R. 5430 (Enrolled Bill). One Hundred Sixteenth Congress of United States of America.

<sup>16</sup> Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el TLCAN por el T-MEC, hecho en Buenos Aires, el 30.11.2018; del Protocolo Modificadorio al T-MEC, hecho en la Ciudad de México el 10.12.2019; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de México y el Gobierno de Estados Unidos, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires el 30.11.2018 y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de México y el Gobierno de Estados Unidos, celebrados en la Ciudad de México el 10 de diciembre de 2019, DOE, 29 de junio de 2020.

<sup>17</sup> Puyana, Alicia, *Ob. Cit.*, pp. 655, 656 y 657.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 658.

<sup>19</sup> Artículo 23.4 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC y la Nota 9 del Protocolo Modificadorio.

<sup>20</sup> Artículo 23.5 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC y la Nota 10 del Protocolo Modificadorio.

<sup>21</sup> Artículo 23.7 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

<sup>22</sup> Artículos 23.6 y 23.12.5(c) del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

dos conforme a sus leyes laborales, sean o no nacionales de la parte.<sup>23</sup>

Para eliminar la discriminación en los centros de trabajo, se obligaron a implementar políticas que incluyan los siguientes aspectos: igualdad de la mujer, nacimiento o la adopción de infantes, cuidado de los miembros de la familia, igualdad salarial, acoso, orientación sexual y licencias, entre otros.<sup>24</sup>

Finalmente, los tres países se comprometieron a crear tribunales imparciales e independientes para la aplicación de sus leyes laborales, mediante procedimientos justos, equitativos, transparentes, expeditos, en apego a la garantía de audiencia y al debido proceso.<sup>25</sup>

### Panel laboral general

El Capítulo XX del TLCAN relativo a la solución de diferencias, se convirtió en el Capítulo 31 del T-MEC con algunas modificaciones y adiciones, entre las que destacan el nombramiento del presidente del panel y panelistas (artículo 31.9) y la creación de tres mecanismos arbitrales en materia laboral.

El Capítulo 31 establece un panel para resolver controversias México, Estados Uni-

dos y Canadá, respecto de cualquier materia del tratado, incluyendo diferencias relativas al incumplimiento de cualquier obligación laboral (Panel Laboral General), salvo en los casos de excepción que se indican en el mismo tratado, tales como las controversias en materia de inversión, *dumping* y subvenciones, entre otras.

De igual manera incluye dos Paneles o Mecanismos Laborales de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas (MLRR o Mecanismo de Respuesta Rápida), uno México Estados Unidos y otro México Canadá (Anexos 31 A y 31 B). Es importante señalar que ambos MLRR son similares y no se incluyó un instrumento arbitral de esta naturaleza entre Estados Unidos y Canadá.

La competencia de un Panel Laboral General es amplia, puesto que revisa el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones laborales previstas en Capítulo 23. En cambio, un Mecanismo de Respuesta Rápida tiene competencia reducida para revisar, exclusivamente, si existe Denegación de Derechos de los trabajadores en una instalación específica.

Es importante destacar que un Panel Laboral General y un Mecanismo de Respuesta Rápida no resuelven controversias laborales entre trabajadores y patrones, ya que estos tribunales arbitrales tienen como misión la solución de conflictos entre las partes, esto es, entre Estados.

En consecuencia, los conflictos laborales entre trabajador y empleador o patrón, se resuelven ante los tribunales nacionales de cada una de las Partes.

### Integración

Conforme a lo previsto en el artículo 2011 del TLCAN, las partes tenían que acordar el nombramiento del presidente y de no alcanzar acuerdo, una de las electas por sorteo lo debía designar.

Además, se estableció un mecanismo de nombramiento o selección cruzada de panelistas. Dentro de los quince días siguientes a la elección del presidente, cada Parte debía seleccionar dos panelistas ciudadanos de la otra Parte. En el caso de que una Parte no seleccionara a sus panelistas, se designarían por sorteo de entre los miembros de la lista que fueran ciudadanos de la otra Parte contendiente.

Sin embargo, el referido artículo 2011 del TLCAN contenía una “cláusula arbitral patológica” o laguna legal, puesto que no indicaba la manera como se nombraría al presidente de panel cuando la Parte electa por sorteo (demandada), debiéndolo nombrar, no lo nombraba.

Lo anterior, en la práctica obstaculizó e impidió la integración del panel y la solución de controversias, tal es el caso de la solicitud de México para la constitución de un panel por la negativa de Estados Unidos de permitir la importación de los excedentes de azúcar mexicana a territo-

rio norteamericano, violando lo establecido en el Anexo 703.2 del TLCAN, lo cual derivó en largos y costosos litigios arbitrales internacionales, tanto en el ámbito del TLCAN como de la OMC, en perjuicio del Estado mexicano.<sup>26</sup>

En el caso del azúcar, Estados Unidos (parte demandada) se negó a nombrar presidente. El panel solicitado por México jamás se integró y la controversia nunca se resolvió. Este conflicto tampoco se pudo someter a arbitraje del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OSD/OMC), ya que un procedimiento arbitral es excluyente del otro.

En diferentes foros, antes y durante la negociación del T-MEC expresamos la necesidad de establecer con claridad el “procedimiento para nombrar al presidente de panel y los panelistas cuando una parte (demandada) electa por sorteo no los nombra”.

El texto original del artículo del 31.9 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC, firmado en el 2018, adoptó íntegra-

23 Artículo 23.8 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

24 Artículo 23.9 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

25 Estos tribunales pueden ser administrativos, cuasi judiciales, judiciales o laborales, conforme al ordenamiento jurídico de cada Parte. Artículo 23.10 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

26 Véase Decisión Final del Panel Binacional. Sobre la imposición de cuotas compensatorias impuestas a las importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa (JMAF) originarias de los Estados Unidos de América, 03 de agosto de 2001. Caso Mex-USA-98-1904-01; Informe del Órgano de Apelación del caso México-Medidas Fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R, 06 de marzo de 2006; Cargill, Inc. C. México (Escrito de duplica), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D. C., Caso Núm. ARB (AF)/05/20.08.2020; y Cargill, Inc. C. México (Lauda), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D.C., Caso Núm. ARB (AF)/05/2. Fecha de envío a las partes: 18 de septiembre de 2009.

mente la mencionada “cláusula arbitral patológica” del artículo 2011 del TLCAN.

Un año más tarde, el 10 de diciembre del 2019, los tres países firmaron el Protocolo Modificatorio, donde se adicionaron los incisos 1.c, 1.f, 2.c y 2.f del artículo 31.9 con el propósito de eliminar la referida laguna legal.

Artículo 31.9 del Protocolo Modificatorio

1. Si son dos las Partes contendientes, los siguientes procedimientos aplicarán:

(b) [...] Si las Partes contendientes no logran decidir la designación del presidente [...], la Parte contendiente, electa por sorteo, elegirá como presidente, dentro de un plazo de cinco días, a un individuo que no sea nacional de esa Parte.

(c) Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a un individuo de la lista que no sea nacional de esa Parte.

(f) [...] Si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta para el procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará a dos individuos de la lista que sean nacionales de la Parte reclamante [énfasis añadido].

Sin embargo, la reforma al artículo 31.9 del Protocolo Modificatorio no resolvió el problema, ya que el texto actual no indica el procedimiento para nombrar al presidente o árbitros cuando la parte deman-

dada seleccionada por sorteo no realiza su nombramiento.

Este supuesto se presenta cuando la parte demandada sí participa y se presenta al sorteo, tan es así que como resultado del sorteo es “electa” para realizar los nombramientos correspondientes; sin embargo, simplemente no hace el o los nombramientos de presidente o panelistas.

La experiencia nos demuestra que cuando se presenta una controversia, la parte demandada (Estados Unidos) aprovecha cualquier ambigüedad en su favor. Por lo anterior, es conveniente que en la primera oportunidad se modifique el artículo 31.9, a efecto de establecer con claridad que “cuando la Parte demandada electa por sorteo no nombre al presidente o a los panelistas (árbitros), estos serán designados por la Parte reclamante”.

### Consultas y procedimiento

Las Partes realizarán todos los esfuerzos a través de la cooperación y el diálogo para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 23.

La Parte reclamante debe solicitar a la otra parte la realización de consultas laborales. De no resolverse el asunto dentro de los 75 días posteriores a la solicitud, puede solicitar la instalación de un Panel Laboral General por violación o incumplimien-

to a alguna de las siguientes Obligaciones laborales.<sup>27</sup>

- Derechos laborales,
- No derogación,
- Aplicación de las leyes laborales,
- Violencia contra los trabajadores.

El incumplimiento o violación a cualquiera de las referidas Obligaciones Laborales debe ser de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, lo anterior conforme a lo previsto en las Notas al pie de página 4 del Artículo 23.1 (Derechos Laborales); 8 del Artículo 23.4 (No Derogación); 11 del Artículo 23.5 (Aplicación de las Leyes Laborales) y 13 del Artículo 23.7 (Violencia contra los Trabajadores) del Protocolo Modificatorio.<sup>28</sup> El incumplimiento es “de una manera que afecte el comercio y la inversión entre las partes” si involucra:

- a) A una persona o industria que produce una mercancía comerciada entre las partes.
- b) A una persona o industria que suministra un servicio comerciado entre las partes.

<sup>27</sup> Artículos 23.17.1, 23.17.8, 23.17.12 y 31.6 del Protocolo Modificatorio del T-MEC. Los artículos 23.17.8 y 31.6 del protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC establecía un plazo de 30 días posteriores a la solicitud de consultas para solicitar el panel laboral general.

<sup>28</sup> Notas 4, 8, 11, 13 del Protocolo Modificatorio.

c) A una persona o una industria que produce una mercancía que compite en el territorio de una parte con una mercancía o un servicio de otra parte.

d) A una persona o una industria que suministra un servicio que compite en el territorio de una parte con un servicio de otra parte.

e) A una persona o una industria que tiene una inversión en el territorio de la parte que ha incumplido con esta obligación.

Para efectos de la solución de controversias un Panel Laboral “supondrá” (asumirá)<sup>29</sup> que un incumplimiento es de una manera que afecte el comercio y la inversión entre las Partes, a menos que la parte demandada demuestre lo contrario, conforme a lo establecido en las Notas al pie de página números 5 del artículo 23.1 (Derechos laborales); 9 del artículo 23.4 (No derogación); 12 del artículo 23.5 (Aplicación de las leyes laborales) y 14 del artículo.

<sup>29</sup> Es importante señalar que el texto del Protocolo Modificatorio firmado por los tres países y publicado por la Secretaría de Relaciones Exteriores dice “asumirá”, en tanto que el texto de Protocolo Modificatorio publicado en el DOF del 30 de junio de 2020 dice “supondrá”. Véase Secretaría de Relaciones Exteriores. Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, publicado el 11 de diciembre de 2019. Consultado el 14 de noviembre del 2020. <https://www.gob.mx/sre/documentos/protocolo-modificatorio-al-tratado-entre-los-estados-unidos-mexicanos-los-estados-unidos-de-america-y-canada>

### 23.7 (Violencia contra los trabajadores) del Protocolo Modificatorio.<sup>30</sup>

Notas 5, 9, 12 y 14 del Protocolo Modificatorio:  
Para efectos de la solución de controversias, un panel *supondrá* que un incumplimiento es de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario [énfasis añadido].

Es importante reiterar que algunos de los compromisos de mayor relevancia o importancia para México en el T-MEC se escribieron con “letra chica” en las Notas al pie de página del Protocolo Modificatorio, donde se cambió el texto de la Nota 4 y se incluyeron nuevas Notas 5, 9, 12 y 14 del Capítulo 23.

La Nota 4 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC decía con claridad que la “reclamante” tenía la carga de la prueba para demostrar que la demandada había incumplido con alguno de los derechos laborales enumerados en el Artículo 23.3 (Derechos Laborales) de manera que afecta el comercio y la inversión entre las Partes.

Nota 4 del artículo 23.3 del Protocolo que Sustituye TLCAN por T-MEC:

Para establecer una violación de una obligación conforme a los párrafos 1 o 2 [artículo 23.3], una Parte debe demostrar que la otra Parte no ha cumplido con adoptar o mantener una ley, regulación o práctica de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes...<sup>31</sup> [paréntesis añadido].

Las nuevas Notas 5, 9, 12 y 14 del Protocolo Modificatorio trasladan la carga de la prueba del actor al demandado al señalar que un panel (Panel Laboral General y Mecanismo de Respuesta Rápida) “supondrá” que un incumplimiento de las Obligaciones laborales (Derechos laborales, No derogación, Aplicación de leyes laborales y Violencia contra trabajadores) afecta el comercio y la inversión entre las partes, a menos que la demandada demuestre lo contrario.

Suponer, del latín *supponere*, significa “Considerar como cierto algo a partir de los indicios que se tienen” o “considerar como cierto algo o real algo que no lo es o no tiene porqué serlo”.<sup>32</sup>

En otras palabras, un Panel Laboral General debe considerar que una violación a cualquier obligación laboral afecta el comercio o la inversión entre las partes, aun-

que no la afecte. Lo anterior implica una gran ventaja para la parte reclamante que puede iniciar procedimientos de panel frívolos sin presentar un mínimo de pruebas en perjuicio de la parte demandada, quien tiene la carga probatoria de demostrar que el incumplimiento a cualquiera de las obligaciones laborales no afecta el comercio y la inversión entre las partes. Lo anterior se traduce en una carga procesal muy costosa para la defensa, tanto en recursos económicos como humanos.

Es del dominio público que la materia laboral es uno de los temas incluidos por Estados Unidos en el T-MEC, por lo que, seguramente, en la mayoría de los casos México será la parte demandada, así lo han expresado de manera perisistente diferentes medios de comunicación.<sup>33</sup>

#### Informe final

El Panel Laboral General debe presentar su Informe Final a las partes dentro de los 180 días contados a partir de la designación del último panelista, el cual podrá constatar:

- a) Que una medida es incompatible con las obligaciones de una parte; o
- b) Que una parte no ha cumplido sus obligaciones.

Las Partes deben acordar la solución de la controversia en los 45 días siguientes al Informe Final. De no alcanzarse un acuerdo, la Parte reclamante podrá suspender beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada.<sup>34</sup>

#### Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida

Los dos MLRR<sup>35</sup> México Estados Unidos (Anexo 31 “A”) y México Canadá (Anexo 31 “B”), creados en el Protocolo Modificatorio son similares y pueden resolver una controversia en 60 días sin verificación o en 80 días con verificación. Es importante destacar que no se estableció un Mecanismo de Respuesta Rápida Estados Unidos Canadá.

El MLRR tiene como finalidad garantizar la reparación de una negación de los derechos de libre asociación y de negociación colectiva de los trabajadores en una instalación cubierta, esto es, en una empresa o una planta que:

- (i) Produce una mercancía o suministra un servicio comercializado entre las partes;
- (ii) Produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio.

<sup>30</sup> Notas 4 y 5 del artículo 23.1 (Derechos laborales); notas 8 y 9 del artículo 23.4 (No derogación); Notas 11 y 12 del artículo 23.5 (Aplicación de las leyes laborales); y notas 13 y 14 del artículo. 23.7 (Violencia contra los trabajadores).

<sup>31</sup> Nota 4 del artículo 23.3 del Protocolo Modificatorio del T-MEC del 10.12.2019, D.O.F. 26.06.2020.

<sup>32</sup> Voz: suponer, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, actualización 2020.

<sup>33</sup> Véase Castañeda, Jorge, El T-MEC y la reforma laboral, *El Financiero*, 12 de abril de 2019 y De la Rosa, Eduardo, Administración de Biden podría abrir casos contra México en T-MEC: Kenneth Smith, *Peródico Milenio*, México, 11 de noviembre de 2020.

<sup>34</sup> Artículo 31.17: 31.18 y 31.19 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

<sup>35</sup> Es importante considerar que no se estableció un mecanismo laboral de respuesta rápida en instalaciones específicas Estados Unidos Canadá.

rio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra parte, y es una instalación en un Sector Prioritario; (31 A.13 y 31 A.15).

Un Sector Prioritario es aquel que involucra minería, suministra servicios y produce mercancías manufacturadas. Las partes deben revisar anualmente la lista de sectores prioritarios y determinar si se agrega algún sector a la lista. Conforme a lo previsto en el artículo 31 A.15 y Nota al pie de página 4 del Protocolo Modificatorio, los sectores prioritarios actualmente son:<sup>36</sup>

- Componentes aeroespaciales,
- autos y autopartes,
- productos cosméticos,
- mercancías industriales horneadas (panadería industrial),
- acero y aluminio,
- vidrio,
- cerámica,
- plástico,
- forjas y
- cemento.

Es importante destacar que la Sección 713 de *USMCA Implementation Act* establece una lista de subsectores prioritarios que también incluye:

- electrónica,

<sup>36</sup> Artículos 31 A.13 y 31 A.15 del Protocolo Modificatorio.

- centros de llamada, y
- montaje automático.

### Consultas, revisión voluntaria y reclamación

Antes de solicitar el establecimiento de un Mecanismo de Respuesta Rápida, la reclamante debe intentar solucionar la controversia con la demandada mediante cooperación, consultas y revisión voluntaria.<sup>37</sup>

Para tal efecto, solicitará a la demandada que revise si existe Denegación de Derechos. Desde ese momento, la reclamante puede retrasar la liquidación final de las cuentas aduaneras<sup>38</sup> relacionadas con el ingreso de mercancías procedentes de la planta o empresa objeto de revisión.

Si la demandada no realiza la Revisión voluntaria, o como resultado de esta, decide que no existe Denegación de Derechos, la reclamante puede solicitar un MLRR. En caso de que la Parte demandada acepte que existe una Denegación de Derechos, ambas Partes realizarán consultas por diez días para acordar una reparación y fijar un plazo para su cumplimiento, sin interrumpir el comercio.

<sup>37</sup> Artículo 23.17.2 del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC.

<sup>38</sup> La cuenta aduanera es un instrumento operado por instituciones de crédito o casas de bolsa autorizadas, en la cual se depositan las contribuciones generadas en la importación definitiva de aquellos bienes que vayan a exportarse en el mismo estado en un plazo que no exceda de un año, prorrogable por dos años más. Artículo 86 de la Ley Aduanera y Regla 1.6.25 de las Reglas Generales de Comercio Exterior 2019.

Si al concluir el plazo para cumplir la reparación acordada, la Parte reclamante considera que la negación de derechos no ha sido reparada, notificará a la Parte demandada su intención de imponer medidas de reparación quince días antes de su aplicación, en cuyo caso, la Parte demandada puede solicitar un Panel Laboral de Respuesta Rápida para que determine si la negación de derechos persiste.

La Parte reclamante puede solicitar un Mecanismo de Respuesta Rápida en dos momentos: a) durante las consultas, en cuyo caso, emitirá una solicitud de verificación después de concluidas, o b) concluidas las consultas, si las Partes no logran un curso de reparación.<sup>39</sup>

En el Protocolo Modificatorio se trata de manera desigual a México respecto a Estados Unidos en cuanto a los requisitos que se deben de cumplir para someter una controversia ante el MLRR, por las razones que a continuación se exponen.

Una Parte (Estados Unidos o México) puede presentar una reclamación si tiene un “fundamento de buena fe para creer” que está ocurriendo una Denegación de Derechos en una Instalación Cubierta.<sup>40</sup>

Artículo 31 A.2 del Protocolo Modificatorio:

<sup>39</sup> Artículo 31 A.4.10 del Protocolo Modificatorio.

<sup>40</sup> Este requisito se reitera en el artículo 31-A.4 del Protocolo Modificatorio. “Si una Parte reclamante tiene un fundamento de buena fe para creer que está ocurriendo una Denegación de Derechos en una Instalación Cubierta... podrá solicitar la integración de un Panel Laboral de Respuesta Rápida...”.

El Mecanismo aplicará siempre que una Parte (la “Parte reclamante”) considere de buena fe que a los trabajadores de una Instalación Cubierta les ha sido negado el derecho de libre asociación y negociación colectiva...

Sin embargo, en el Protocolo Modificatorio se establece un requisito adicional para México<sup>41</sup>, ya que este solo puede presentar una reclamación ante un MLRR bajo una orden de ejecución de la National Labor Relations Board (Junta Nacional de Relaciones Laborales), conforme a lo escrito con letra chica en la Nota 1 del artículo 31 A.2 del Protocolo Modificatorio:

Con respecto a los Estados Unidos, una reclamación únicamente puede presentarse con respecto a una presunta Denegación de derechos debidos a los trabajadores en una Instalación Cubierta bajo una orden de ejecución de la Junta Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board)...

Adicionalmente, para que la Denegación de Derechos en Instalaciones Específicas se considere un incumplimiento debe afectar el comercio o la inversión entre las

<sup>41</sup> Lo mismo sucede en el caso de una Instalación Cubierta de Canadá, ya que México solo puede presentar una reclamación ante el Mecanismo de Respuesta Rápida bajo una orden de ejecución de la Junta de Relaciones Industriales de Canadá, Nota 1 del artículo 31-B.1 del Protocolo Modificatorio.

partes y un MLRR supondrá (asumirá) que afecta el comercio o la inversión entre las partes, a menos que la parte demandada demuestre lo contrario, conforme a lo escrito con letra chica en la Nota 4 del artículo 23.3 del Protocolo Modificadorio.<sup>42</sup>

Para efectos de la solución de controversias, un panel *supondrá* que un incumplimiento es de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario [énfasis añadido].

Dejar a la “buena fe” y al “creer” de la Parte reclamante (Estados Unidos) la activación de un Mecanismo de Respuesta Rápida, aunado al hecho de que este debe suponer que la supuesta Denegación de Derechos afecta el comercio o la inversión entre las Partes, facilita a la parte solicitante la activación de un MLRR y la obtención de una resolución favorable.

El panel puede realizar una visita de verificación a la instalación cubierta (planta o empresa), previa aceptación de esta, en los siguientes casos:

1. A solicitud de Parte para resolver si la negación de derechos ha sido reparada, y
2. A solicitud de parte o de oficio para determinar si ha habido una negación de derechos, cuando la parte reclamante solicita el Mecanismo de Respuesta Rápida, ya sea porque la parte demandada no lleva a cabo una Revisión Voluntaria o como resultado de esta rechaza la existencia de la negación de derechos.<sup>43</sup>

El Mecanismo de Respuesta Rápida debe resolver si ha habido una negación de derechos en un máximo 30 días posteriores a la constitución del panel o de la verificación, en su caso. Es pertinente destacar que este término para resolver la controversia es muy corto y no tiene precedente en ningún otro tratado comercial.

#### Reparaciones y sanciones

Cuando exista una Denegación de Derechos, la Parte reclamante, considerando la opinión del Mecanismo de Respuesta Rápida, podrá imponer medidas de reparación a una Instalación Cubierta o planta específica, las cuales pueden consistir en:

- a) La suspensión del tratamiento arancelario preferencial a las mercancías producidas o manufacturadas en la empresa o planta señalada,

<sup>43</sup> Artículos 31 A.5 y 31 A.7.10 del Protocolo Modificadorio.

- b) la imposición de sanciones sobre las mercancías manufacturadas en la empresa, o
- c) la imposición de sanciones a los servicios suministrados por la empresa.

Cuando una Instalación Cubierta reincida por segunda ocasión en una Denegación de Derechos, la medida de reparación se podrá extender o ampliar a las empresas de su propiedad o bajo su control que fabriquen las mismas mercancías o presten iguales servicios acorde al artículo 31 A10.1:

Si una Instalación Cubierta reincide por tercera ocasión, la medida de reparación podrá consistir en la prohibición de entrada de mercancías producidas o servicios prestados por la empresa y por las empresas de su propiedad o que estén bajo su control, que fabriquen las mismas mercancías o presten iguales servicios.<sup>44</sup>

#### Agregados laborales

Como se había mencionado, el 13 de diciembre del 2019 el presidente Trump presentó para la aprobación del Congreso, vía *fast track*, con el carácter de *Congressional Executive Agreement*, tanto el Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC <sup>45</sup> como el Protocolo Modificadorio. Ambos instru-

<sup>44</sup> Artículo 31 A.10.1 del Protocolo Modificadorio.

<sup>45</sup> El nombre para México es T-MEC y para Estados Unidos es USMCA: Agreement between the United States of America, the United Mexican States and Canada (USMCA). Acuerdo entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (USMCA).

mentos fueron aprobados por el Congreso norteamericano ese mismo día, al expedir la *United States-Mexico-Canada Agreement Implementation Act HR5430 (USMCA Implementation Act)*.<sup>46</sup>

Conforme a lo previsto en la Sección 721 del USMCA Implementation Act, (ley nacional), el Secretario del Trabajo norteamericano deberá contratar hasta cinco oficiales o empleados de tiempo completo (agregados laborales) y los asignará a su embajada o consulado en México para llevar a cabo, entre otras, las siguientes tareas:<sup>47</sup>

- Asistir al Comité Laboral Interagencial para monitorear y hacer cumplir las obligaciones laborales de México.
- Presentar al Comité Interinstitucional del Trabajo informes trimestrales sobre los esfuerzos realizados por México para cumplir con sus obligaciones laborales.
- Revisar la lista de sectores prioritarios para su monitoreo y sugerir la inclusión de otros sectores.

En los textos del T-MEC y del Protocolo Modificadorio del T-MEC firmados por México, Estados Unidos y Canadá no se con-

<sup>46</sup> An Act to implement the Agreement between the United States of America, the United Mexican States and Canada attached as an Annex to the Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement, 18/4/2020, H.R. 5430 (Enrolled Bill), One Hundred Sixteenth Congress of United States of America.

<sup>47</sup> Sección 721 (Establecimiento) y Sección 722 (Deberes) del USMCA Implementation Act.

templa la existencia de los mencionados agregados laborales ni sus funciones.

Inmediatamente después de la publicación del USMCA Implementation Act emitido por el Congreso norteamericano, en diferentes medios se difundió el desacuerdo del gobierno mexicano con los cinco agregados laborales y sus funciones, por considerarlo un agravio fruto de las decisiones políticas del Congreso y del Ejecutivo estadounidenses, los cuales habían sido rechazados por México durante las negociaciones bilaterales del nuevo tratado comercial.<sup>48</sup>

Las actividades consistentes en monitorear y hacer cumplir las obligaciones laborales de México, encomendadas a los agregados laborales en el USMCA Implementation Act, no corresponden a ninguna de las funciones diplomáticas o consulares enumeradas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ni en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En términos generales las funciones diplomáticas y consulares consisten en proteger en el Estado receptor los intereses, tanto del Estado que envía y de sus nacionales dentro de los límites del derecho internacional, fomentar el desarrollo de las relaciones amistosas y económica, comerciales, culturales y científicas entre ambos países, y enterarse e informar a su

gobierno por todos los medios lícitos de la situación comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor.

Adicionalmente, las misiones diplomáticas tienen las funciones de representación y negociación del Estado acreditante ante el Estado receptor. Las oficinas consulares pueden realizar funciones distintas a las mencionadas, siempre y cuando no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del estado receptor, el Estado receptor no se oponga y estén previstas en acuerdos o tratados internacionales suscritos entre el Estado que envía y el estado receptor.<sup>49</sup>

La función de hacer cumplir las obligaciones laborales de México es una actividad soberana que solo corresponde al Estado mexicano, por lo que la actividad de los agregados laborales viola las leyes y reglamentos de México. Las funciones encomendadas a los agregados laborales no están previstas en un acuerdo o tratado internacional suscrito entre Estados Unidos y México.

Además, las funciones consistentes en hacer cumplir las obligaciones laborales de México son muy amplias, pues, para tal efecto, los agregados laborales podrían pretender, entre otras actividades, realizar visitas de verificación a las empresas mexicanas para su monitoreo, con base en una ley extranjera (*USMCA Implementation Act*).

<sup>49</sup> Artículos 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, DOF, 20 de febrero de 1965 y 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, DOF, 03 de agosto de 1965.

<sup>48</sup> Uscanga, Oscar. Rechaza México injerencia laboral, *Periódico Reforma*, 15 de diciembre del 2019, p. 7.

En consecuencia, el gobierno mexicano puede oponerse a que cualquier funcionario diplomático o consular extranjero, llámese agregado laboral o de cualquier otra forma, realice las funciones de monitorear y hacer cumplir las obligaciones laborales de México.

Además, al no existir un acuerdo con Estados Unidos sobre los referidos agregados laborales, México puede exigir que el número de miembros de la misión diplomática u oficina consular norteamericana sea razonable y normal, según sus circunstancias, condiciones y necesidades.

Por otro lado, Estados Unidos debe comunicar a México sus nombramientos, tanto del personal diplomático como consular (nombre, clase, categoría), llámense agregados laborales o de cualquier otro modo, y el gobierno mexicano puede declararlos persona non grata o no aceptable, antes de su llegada o del inicio de sus funciones y el gobierno estadounidense deberá retirar su nombramiento.

En cualquier momento, México puede comunicar a Estados Unidos que un miembro del personal de su misión diplomática o de su oficina consular (agregado laboral), es persona non grata o no aceptable, y sin tener que exponer los motivos de su decisión el gobierno estadounidense debe retirarlo en un plazo razonable, de lo contrario el gobierno mexicano puede no considerar a dicha persona miembro

del personal diplomático o consular;<sup>50</sup> sin embargo, se reitera, el problema no radica en la persona o cargo que desempeña, llámese agregado laboral o de cualquier otro modo, sino en la función que realiza.

En consecuencia, México puede oponerse a que cualquier persona adscrita a la embajada o consulado norteamericano realice las funciones de hacer cumplir las obligaciones laborales de México y, por lo tanto, rechazar su nombramiento, no esperar a posteriormente declararlo persona non grata o no aceptable.

Lo anterior cobra relevancia si consideramos que, conforme al sistema jurídico norteamericano, lo que tiene validez para Estados Unidos es el texto del USMCA Implementation Act, ley nacional emitida por el Congreso estadounidense al aprobar el tratado comercial, y no el texto del T-MEC firmado con México.

Seguramente Estados Unidos ejercerá presión para que el gobierno mexicano autorice que los agregados laborales realicen sus funciones en México, bajo el argumento de que se debe cumplir el compromiso internacional aprobado por el Congreso norteamericano y plasmado en el USMCA Implementation Act.

El consentimiento del gobierno mexicano para que los referidos agregados laborales realicen las funciones encomendadas en una ley extranjera (USMA

<sup>50</sup> Artículos 7, 9, 10 y 11 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y 10, 19, 20, 23 y 24 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Implementation Act), en su caso, además de las repercusiones negativas para México en la materia comercial, sentaría un precedente muy negativo para casos futuros, pues Estados Unidos con base en su ley nacional exigirá a México el cumplimiento de compromisos no pactados, violando la soberanía del Estado mexicano.

### Conclusiones

1. El conocimiento y la comprensión del alcance del nuevo tratado comercial (T-MEC) implica analizar con detalle, tanto el Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC como el Protocolo Modificatorio, con especial atención en lo escrito con letra chica en las notas al pie de página de este último.
2. Para efectos de un Panel (Panel Laboral General y un Mecanismo de Respuesta Rápida) la Parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar un hecho negativo. El incumplimiento de una obligación laboral debe afectar el comercio y la inversión entre las Partes y un Panel supondrá que es así, a menos que la Parte demandada demuestre lo contrario.
3. Los requisitos para activar un MLRR son mayores para México que para Estados Unidos y Canadá, en su caso. Aun cuando el Protocolo Modificatorio establece que cualquiera de las partes puede solicitar un Mecanismo de Respuesta Rápida si tiene un “fun-

damento de buena fe parta creer” que existe una negación de derechos en una instalación específica, México requiere una orden de ejecución de una agencia estadounidense o canadiense para presentar una reclamación. Existe el riesgo de iniciar procedimientos arbitrales sin sustento, lo cual representará una carga adicional de recursos económicos y humanos, tanto para la Parte demandada como para las empresas situadas en su territorio. Es muy probable que en la mayoría de los casos México sea la Parte demandada.

4. En el T-MEC no se pactaron los cinco agregados laborales adscritos en la embajada o consulado norteamericano para vigilar y hacer cumplir las obligaciones laborales de México. Estos carecen de fundamento y su aceptación sentaría un precedente muy negativo para que en casos futuros el gobierno estadounidense exija el cumplimiento de sus leyes en territorio mexicano.

### Referencias

- An Act to implement the agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada attached as an Annex to the Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement, april 18<sup>th</sup>, 2020, H.R. 5430 (Enrolled Bill). One Hundred Sixteenth Congress of United States of America.
- Banco de México, Consideraciones sobre la Reforma Laboral de 2019. Extracto del Infor-

me Trimestral enero-marzo 2019, Recuadro 4, pp. 35-37, mayo 2019.

BBC MUNDO. Redacción, Donald Trump retira a Estados Unidos del TPP, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38723381>

Carrillo Huerta y otros, La renegociación del TLCAN y sus posibles impactos en el desarrollo regional del país. En: Las relaciones México-Estados Unidos en la coyuntura actual. Carrillo Huerta, Mario Miguel, Coordinador, Consejo Latinoamericano de Ciencias (CLACSO), Puebla, México, 2017.

Cargill, Inc. C. México (Escrito de duplica), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D.C., Caso Núm. ARB (AF)/05/20.08.2020.

Cargill, Inc. C. México (Lauda), CIADI, Mecanismo complementario, Washington, D. C. Caso Núm. ARB (AF)/05/2. Fecha de envío a las partes: 18 de septiembre de 2009.

Castañeda, Jorge, El T-MEC y la reforma laboral, *El Financiero*, 12 de abril de 2019.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cruz Barney, Oscar, La Solución de controversias en materia laboral en el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América y Canadá, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, núm. 18, 2020.

Decisión Final del Panel Binacional sobre la imposición de cuotas compensatorias impuestas a las importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa (JMAF) originarias de los Estados Unidos de América, 03 de agosto de 2001. Caso Mex-USA-98-1904-01.

Decreto Promulgatorio del Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico, D.O.F. 29 de noviembre de 2018.

Decreto que aprueba el Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC del 30 de noviembre del 2018, Senado de la República, D.O.F. 29 de julio de 2019.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, del Instituto Nacional de la Vivienda para Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva. D.O.F. 01 de mayo de 2019.

Decreto Promulgatorio del Protocolo que sustituye el TLCAN por el T-MEC, hecho en Buenos Aires, el 30 de noviembre de 2018; del Protocolo Modificatorio al T-MEC, hecho en la Ciudad de México el 10 de diciembre de 2019; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de México y el Gobierno de Estados Unidos, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el 30 de noviembre de 2018 y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de México y el Gobierno de Estados Unidos, celebrados en la Ciudad

de México, el 10 de diciembre de 2019, DOF, 29 de junio de 2020.

De la Rosa, Eduardo, Administración de Biden podría abrir casos contra México en T-MEC. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, actualización 2020. Informe del Órgano de Apelación del caso México-Medidas Fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R,06.03.2006.

Kenneth Smith, *Peródico Milenio*, México, 11 de noviembre de 2020.

Ley Aduanera.

Protocolo Modificadorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, Secretaría de Relaciones Exteriores, 11 de diciembre de 2019. <https://www.gob.mx/sre/documentos/protocolo-modificadorio-al-tratado-entre-los-estados-unidos-mexicanos-los-estados-unidos-de-america-y-canada>

Puyana, Alicia, Del Tratado de Libre Comercio de América del Norte al Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá. ¿Nuevo capítulo de integración México Estados Unidos? *El Trimestre Económico*, vol. LXXXVII(3), núm. 347, julio-septiembre de 2020.

Reglas Generales de Comercio Exterior 2019.

Silva Silva, Jorge Alberto, "Relaciones del Tráfico Jurídico Internacional en el Derecho Mexicano del Trabajo", Primera edición, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2021, p. 255. <http://.amedip.org/>

Uscanga, Óscar. Rechaza México injerencia laboral, *Periódico Reforma*, 15 de diciembre del 2019.

Weller, Christian E. "The Future of North American Trade Policy. Lesson from NAFTA. Boston University", *The Frederick S. Pardee Center for the Study of Longer-Range Future*, November 2009.



DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.5>

KELLY ORELLANA FAZ

CÉSAR ENDERICA GUIN

FECHA DE RECEPCIÓN: 29 de noviembre 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 05 febrero 2021

## LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO

### Objective Imputation in the Ecuadorian Comprehensive Organic Criminal Code

#### Resumen:

En el presente artículo científico, enfocado en el análisis de la teoría de la imputación objetiva aplicada en el Código Orgánico Integral Penal, es un tema que ha sido discutido respecto al momento de la atribución de un resultado típico a la cuenta de un sujeto. El objetivo de la investigación es analizar las diversas teorías que nacen de la imputación objetiva a fin de demostrar la importancia de la dogmática penal, al existir desconocimiento en este campo, ya que esta teoría va más allá de la práctica o la literalidad de la normativa. El Código Orgánico Integral Penal ha acogido como antecedentes el estudio de las escuelas del derecho penal, teniendo en cuenta que es la escuela funcionalista la que se encuentra en vigencia. Se han analizado las propuestas dogmáticas de Gunter Jacobs y Claus Roxin, grandes profesores del derecho penal. La metodología de la investigación por su naturaleza es documental, descriptiva, deductiva -cuantitativa, ya que se pudo llegar a conclusiones específicas por medio de las encuestas realizadas a la población de abogados de la ciudad de Guayaquil, registrados en el Colegio de Abogados de las Guayas hasta el año 2019. Se pudo concluir que el Código Orgánico Integral Penal reúne todas las teorías derivadas de la escuela funcionalista. A criterio de juristas, en nuestro país no se vivió la transición del finalismo al funcionalismo, limitándose así una defensa completa y adecuada.

Palabras claves: derecho penal, teoría, conducta, escuelas, resultado

#### Abstract:

In this scientific article, focused on the analysis of the theory of objective imputation applied in the Comprehensive Organic Criminal Code, it is a topic that has been discussed regarding the moment of attribution of a typical result to a subject's account. The objective of the research is to analyze the various theories that arise from the objective imputation in order to demonstrate the importance of criminal dogmatics, since there is ignorance in this field, since this theory goes beyond the practice or the literality of the regulations. The Comprehensive Organic Criminal Code has taken as a background the study of the schools of criminal law, taking into account that it is the functionalist school that is in force. The dogmatic proposals of Gunter Jacobs and Claus Roxin, great professors of criminal law, have been analyzed. The research methodology by its nature is documentary, descriptive, deductive-quantitative, since it was possible to reach specific conclu-

sions through the surveys carried out to the population of lawyers of the city of Guayaquil, registered in the Guayas Bar Association until the year 2019. It was possible to conclude that the Comprehensive Organic Penal Code brings together all the theories derived from the functionalist school. In the opinion of jurists, our country did not experience the transition from finalism to functionalism, thus limiting a complete and adequate defense.

Keyword: criminal law, theory, behavior, schools, result

### Introducción

En el presente artículo científico se estudiará la imputación objetiva en el derecho penal ecuatoriano, al ser una teoría relevante en el campo jurídico-científico dentro de un proceso penal. Para mayor entendimiento del lector, se expondrá como antecedentes la escuela dogmática donde surge dicha teoría, esto es, la *escuela moderna* o también denominada *funcionalista*, donde se tratará sobre las dos formas de funcionalismo existentes desde la perspectiva de Roxin y Jacobs, consecuentemente previo al análisis profundo del tema principal.

Se expondrá lo referente a la conducta penalmente relevante por ser la rama que da origen a la imputación objetiva, la cual será analizada de forma general, pues en el ámbito penal es indispensable sostener el correcto manejo, ubicación y aplicación de esta teoría, a fin de evitar la vulneración de derechos que pueda acarrear la falta de conocimiento del ámbito científico. Se manifestará cómo el Código Orgánico Integral Penal, lo introduce en nuestra norma, acotando además que Ecuador tuvo un cambio brusco pero innovador de la escuela neo-causalista al funcionalismo, ya que el finalismo no se vivió en el derecho penal ecuatoriano.

Posterior a esto, se analizará de forma fraccionada las vertientes que surgen, las cuales son: la imputación objetiva de la conducta o comportamiento y la imputación

objetiva del resultado. Cabe acotar que cada vertiente en mención posee divisiones, como son: el riesgo no permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y el vínculo objetivo del comportamiento y resultado obtenido, vínculos derivados, respectivamente. Éstas a su vez poseen pequeñas ramas o subvertientes, que sirven para la aplicación de los múltiples escenarios delictivos que se puedan percibir, en concordancia con la fenomenología existente en Ecuador.

### Metodología de la investigación

#### Tipo de investigación

- *Documental.* La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y compilación de información a través de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, bibliotecas, bibliotecas de periódicos, centros de documentación e información.
- *Descriptiva.* Este tipo de estudio busca describir de forma ordenada y lógica situaciones o acontecimientos; básicamente no está interesado en comprobar explicaciones ni en probar determinadas hipótesis, ni en hacer predicciones.
- *Deductiva.* En el presente artículo el método deductivo ha sido aplicado mediante el análisis de los estudios realizados por diversos autores, que dan sus puntos de vista sobre la teoría de la imputación objetiva. Nosacoge-

mos a las ideas generales de la dogmática penal para definir nuestra postura específica y particular.

- *Cuantitativa.* El enfoque cuantitativo ha sido utilizado mediante las encuestas realizadas a los profesionales del derecho de Guayaquil registrados en el Colegio de Abogados hasta el año 2019.

### Técnica e instrumentos

- *Técnicas de investigación bibliográfica.* En el presente artículo se ha utilizado la técnica bibliográfica, puesto que se ha recolectado información de todas las fuentes disponibles en textos tangibles así como virtuales, como lo son: libros jurídicos, ejemplares de revistas científicas penales, artículos científicos referentes al derecho penal, entre otros.

### Planteamiento del problema

Dentro del desarrollo del estudio de la dogmática jurídica penal ecuatoriana, seguimos a la escuela funcionalista al momento de imputar un resultado. Entendemos que, por la ciencia penal, el delito contiene sus propios elementos, tiene una conducta penalmente relevante que es típica, antijurídica y culpable, y ésta a su vez tiene elementos que la excluyen. En el derecho penal ecuatoriano existen instituciones jurídicas acogidas en su norma, sin embargo, existe la carencia de la aplicación

de la ciencia jurídica en un proceso, puede ser desde la perspectiva de la defensa técnica, dejando de lado la parte esencial del derecho penal.

### Imputación objetiva en el derecho penal ecuatoriano

#### Antecedentes

Las bases de donde surge la imputación objetiva es en el causalismo, implementado por Liszt y Bering, donde se hace referencia a la relación existente entre el hecho y el resultado o consecuencia. Dicha teoría era considerada naturalística, pero no se basaba en el análisis de un acto como una acción natural. Los causalistas fraccionaban esta teoría entre un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior, además de los componentes del nexo causal físico y el resultado.

Con el paso del tiempo esta dogmática fue evolucionando y complementándose, fue así como en el periodo del neo-causalismo prevalecía una corriente neokantista. Se sustituye a aquella acción natural por el término de acción bajo un concepto más social, es decir, ya se hace referencia a una conducta humana, abarcando así la acción y la omisión.

Posterior a esto surge el finalismo, en el cual se resalta la acción finalista; fue implementada por Hans Welzel, quien indicaba que la acción no era social sino netamente jurídica, por lo cual existía la capacidad de prevención ante

los efectos que pudiera traer consigo dicha actuación. También surgió la del tipo complejo, en la que básicamente se trataba de incluir el denominado *dolo* dentro del tipo finalista, y este a su vez dentro de la culpabilidad. Finalmente concluimos con la teoría funcionalista, que es la que predomina hasta la actualidad y de la cual haremos énfasis *a posteriori* por ser la que perfecciona la imputación objetiva.

El ámbito de aplicación de esta teoría fue inicialmente para los delitos dolosos de resultado. Actualmente en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano es aplicado a todos los tipos penales independientemente de su naturaleza, ya sean delitos de resultado o de mera actividad, sean por acción, por omisión, dolosos o imprudentes, incluso hasta en la tentativa.

En la práctica procesal se observa la aplicación de esta teoría en el principio de legalidad; enfocados en materia penal (art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador) vemos que más bien lo exalta y garantiza con mayor efectividad su aplicación, concreta limitadamente el ámbito de lo prohibido por el tipo o lo que la norma quiere evitar para proteger los bienes jurídicos.

La teoría de la imputación objetiva permite que administradores de justicia apliquen de manera ordenada y estructurada una teoría jurídica penal, y puedan llevar una correcta y unificada aplicación de la norma de forma lógica, lo que lleva a radi-

car más la seguridad jurídica, tomando en cuenta la exigencia de protección que tiene un estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro.

- *Teoría funcionalista.* La teoría funcionalista nace en el año 1980 y es denominada en el mundo del derecho penal como la teoría moderna o post-finalista. Surge con posterioridad a la teoría finalista, en ella se implementan grandes cambios en lo referente a la dogmática penal, esto es, se eliminan por completo los rasgos causalistas antiguos. El funcionalismo rige en la actualidad en nuestro sistema ecuatoriano, recogido correctamente en el Código Orgánico Integral Penal.

Ya no se hace uso de la terminología de “acto” usada en el neo-causalismo, ni como “acción finalista”, pues el término correcto que se emplea con el inicio de esta escuela es “conducta penalmente relevante”, la cual hace referencia al concepto social de una acción (personas jurídicas, naturales; acción u omisión). Su autor o creador es el alemán Claus Roxin (bajo principios de la filosofía), sin embargo, se incorporan los tintes ideales acotados por Günther Jakobs (derecho penal del enemigo), quien era más radical. De esta escuela surgen las vertientes del funcionalismo moderado y normativista, ambas aplicadas en propor-

ciones idóneas dieron paso a la teoría de la imputación objetiva.

- *Funcionalismo moderado.* Esta vertiente del finalismo es implementada, como lo menciono en líneas anteriores, por Claus Roxin, también era conocida como la parte teológica de aquella escuela del derecho. Estaba vinculada con la política criminal; en ella se indica que la tipicidad se enlaza con el principio denominado *nullum crimen, nulla poena sin lege*. Aquí encontramos tintes del neokantismo incorporado por Roxin, quien manifestó que: “*toda estructura del delito debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal, del Estado con la Constitución y el bloque de constitucionalidad que ella integra y en tal caso ningún principio debería ir en contra de ésta.*”
- *Funcionalismo normativista.* Esta vertiente del funcionalismo la implementó Günther Jakobs, también denominada como funcionalismo radical o extremista, ya que contraria al funcionalismo moderado, esta dogmática poseía tintes del derecho penal del enemigo, cuyo autor era el mismo Jakobs. En general se hacía referencia a que toda persona que pertenece a la sociedad, debía cumplir un rol determinado y que cuyo desempeño traería consigo satisfacer las exceptivas que versan sobre

él, pues caso contrario, al no cumplir las con mera obediencia, podría decirse que se incurre a la defraudación de dichas expectativas sociales que podrían ser reprimidas.

- **Conducta penalmente relevante.** La implementación de la conducta penalmente relevante, reemplazando a la acción finalista, en el caso de Ecuador, deroga al denominado “acto” neocausalista (ya que nuestro país no pasó por las influencias del finalismo). Ésta se encuentra tipificada en el art. 22, del vigente Código Orgánico Integral Penal, que de forma textual manifiesta: “*Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.*” Es decir, que las modalidades de la conducta penalmente relevante son tanto por acción como por omisión, lo cual como se mencionó anteriormente implica el concepto social de una acción, esto se encuentra en el art. 23 del COIP.
- **La imputación objetiva en Ecuador.** La imputación objetiva posee una doble vertiente, la cual causa gran confusión a muchos de los profesionales del derecho en nuestro país, esto es la *imputación objetiva de la conducta* o el *comportamiento* y la *imputación objetiva del resultado*.

La teoría de la imputación objetiva se sintetiza del siguiente modo: “*un resultado*

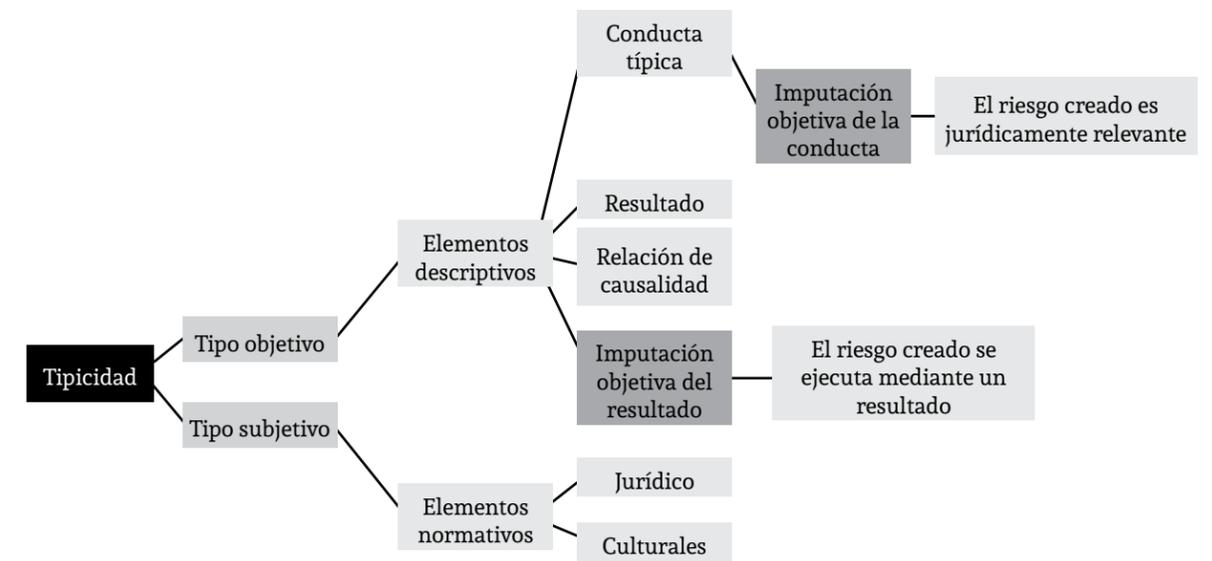
*causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo ha cumplido el tipo objetivo*” “*cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción y cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto*» y «*cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo*».

La teoría de la imputación objetiva es una herramienta para interpretar adecuadamente si el suceso o acontecimiento puesto en marcha por una persona debe ser apreciado como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado. (Zambraño, 2000).

“*Otra de las ideas preconizadas por Roxin es el concepto de la imputación objetiva, que originó una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el Derecho Penal. La estructura planteada por Roxin complementa de cierta forma el tipo objetivo; otra idea que organiza este y que de cierta medida también será idea de Jakobs es el binomio culpabilidad-prevención.*” (Derecho Venezolano, s.f.)

De forma sencilla podría indicarse que la imputación objetiva, se define como aquel análisis que se debe realizar sobre una conducta, la misma que debe poner en un peligro real un bien jurídico protegido por el Estado, es decir, se hace referencia a la conexión entre un comportamiento o una conducta y un resultado o consecuencia, a la cual la entrelaza o une la causalidad.

**Ilustración 1.** Ubicación de la imputación objetiva



Elaborado por: Orellana, K. (2020); Enderica, C. (2020)

Esta conexión debe adecuarse a un *tipo penal* enmarcado en la normativa vigente, en este caso, el Código Orgánico Integral Penal, es decir, debe ser relevante, capaz de perjudicar el bien en mención. Siendo indispensable mostrar estos supuestos al momento de que la defensa técnica plantee la imputación objetiva, como un mecanismo de defensa a favor de su cliente.

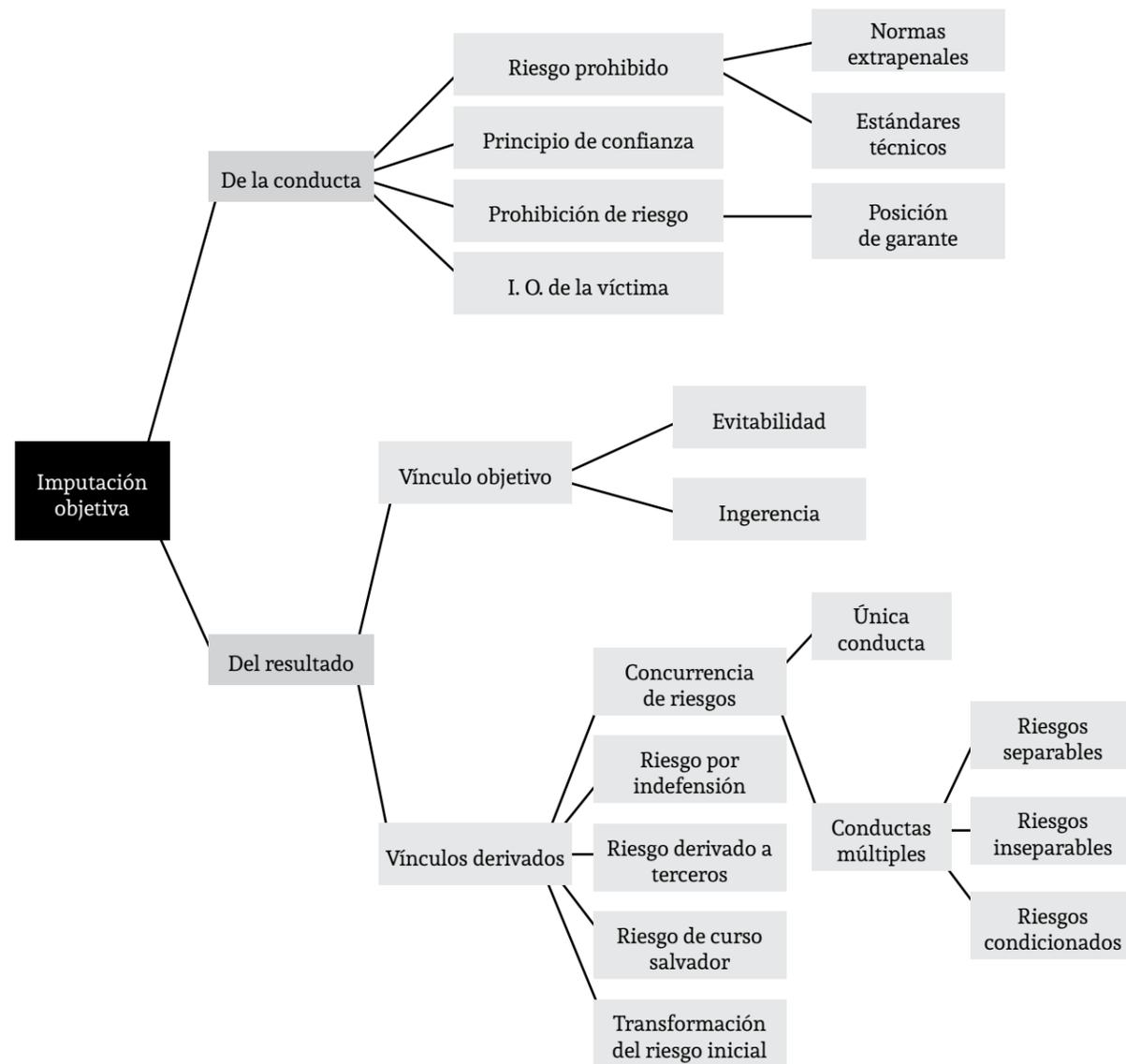
Es indispensable tener en cuenta que el análisis minucioso de esta conducta bajo esta teoría, marcará el destino de un individuo en lo que respecta a un juicio de reproche, pues bien, no todo el daño que perjudique a un bien jurídico protegido se enmarcará siempre en el tipo objetivo, pues se efectúa en aquellos casos en donde se ha actuado, por ejemplo, bajo un estado de necesidad, enmarcando así esta conducta en el tipo subjetivo de la tipicidad, resaltando

que hay teorías que pueden suprimir a la denominada imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva se encuentra dentro del tipo, antes de la antijuricidad e incluso antes de la tipicidad subjetiva. Fue implementado por el tan reconocido Claus Roxin, relacionando así la acción con el tipo objetivo. Básicamente, lo que hace la imputación objetiva es determinar el escenario en donde deben aplicarse las diversas teorías existentes o las situaciones que éstas abarcan.

Un ejemplo de ésta sería que A, mientras conducía, tuvo una llamada y producto de esta distracción lesionó a B, quien es un peatón que cruzaba la calle en ese momento. Analizando este ejemplo, podríamos determinar que sin existencia de esta denominada imputación objetiva no se podría determinar a quién se le atribuye dicho

**Ilustración 2 .** Imputación objetiva.



**Fuente:** Aula virtual de la Escuela de la Función Judicial, Abg. Costaín Vásquez, M. (2018).

**Elaborado por:** Orellana, K. y Enderica, C. (2020).

resultado, pues bien se podrían interpretar diversos escenarios, como por ejemplo: B tuvo la culpa por cruzar la calle, o A tuvo la culpa por atender el teléfono; incluso se podría atribuir la responsabilidad a la persona que llama al conductor, o a la perso-

na que envió a B a realizar determinado evento que lo sacó de su domicilio; es por eso que la imputación objetiva es de gran relevancia con sus múltiples vertientes, entre las que destacamos en este ejemplo particular: el principio de confianza y la

prohibición de regreso. Eliminando así la *conditio sine qua non*. La imputación objetiva tiene como base principal la verificación de un *nexo causal* existente, con el fin de poder determinar los estándares legales a los cuales se pretenda imputar dicho resultado a un individuo. Surge por la ideología de la existencia de la necesidad de verificar más allá de la causalidad natural, considerando ésta insuficiente para atribuir un resultado a un individuo. Podría entenderse entonces que la imputación objetiva reclama que exista y se constate si existe relación entre la acción y el resultado.

**Definiciones de autores**

Es preciso indicar que los antecedentes esenciales de la teoría de la imputación objetiva, las localizamos en la teoría de la causalidad y el vínculo que une a la causa con un resultado es llamada precisamente relación de causalidad. La teoría de la imputación objetiva procura confirmar la causalidad jurídica, mediante una serie de criterios normativos, descritos en la siguiente fórmula: un resultado solo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante), que se ha realizado en un resultado típico y que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.

Para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, se requiere establecer en primer término si entre esa ac-

ción y ese resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural, Sin embargo, aún no se tiene resuelto el problema, es preciso, además determinar que ese vínculo natural interese al derecho penal. Pues bien, este último caso consiste en formular un juicio normativo, también conocido con el nombre de juicio de imputación objetiva, comprobar la existencia de la relación de causalidad es el primer paso de la imputación objetiva.

A continuación se expondrán los aspectos relevantes de la teoría de la imputación objetiva. La imputación objetiva está conformada por los siguientes elementos: A) La existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado. B) El resultado debe ser la expresión de un riesgo desaprobado jurídicamente. C) El riesgo debe suponer una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico.

Se exige en un primer término comprobar si entre la acción y el resultado existe una causalidad. Si asisten simultáneamente estos presupuestos, la acción se adecúa al tipo penal, siendo de esta manera imputable para el agente. Se insiste en que el riesgo creado debe ser desaprobado en su totalidad jurídicamente, eliminando toda posibilidad de imputación a una acción que se encuentra cubierta por un riesgo permitido, en otras palabras, la acción que aunque sea peligrosa se encuentra en total permisibilidad debido a su beneficio o utilidad dentro del marco social.

Como segundo término, se exige luego de haber sido comprobada la causalidad natural, verificar si en la acción se ha establecido un riesgo desaprobado, criterio que se reconoce como la imputación objetiva de la conducta. En relación con este segundo postulado tenemos el criterio de Zambrano Pasquel: “*Un resultado causado por el actor solo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto.*”

Ponemos un ejemplo que en su gran mayoría los doctrinarios utilizan siempre: El automovilista que se encuentra conduciendo su vehículo por la ciudad, dentro del rango permitido de velocidad establecido en el reglamento correspondiente, causa lesiones a un peatón debido a que cruzó la calle sin tomar la debida precaución; las lesiones causadas no pueden ser imputadas al conductor del vehículo, por cuanto en ningún momento con su acción ejecutó un riesgo desaprobado jurídicamente y no lo aumentó por cuanto se encontraba dentro del límite de velocidad permitido, su comportamiento no llena las exigencias del comportamiento del *tipo objetivo*.

Dicha acción no se adecúa al *tipo penal* de lesiones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal. Sabemos que toda actividad humana genera riesgos, pero que son tolerados.

Por último, como tercer término se exige una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico, con esto se quiere manifestar que el riesgo debe suponer una posibilidad objetiva de pretender realizar el resultado típico. En este postulado, se debe observar si el resultado se puede concebir como realizado finalmente. Dicho en otras palabras, se observa la posibilidad de control del curso causal o del dominio humano para la realización de un resultado.

Otro ejemplo muy usado por los doctrinarios es aquel caso en donde un sobrino convence a su tío, al cual pretende heredar, que tome un viaje en avión, con la esperanza de que la aeronave sufra un percance y el tío fallezca. Jurídicamente se observan dos posturas respecto a este ejemplo en concreto: con la gran importancia que trae consigo la teoría de la imputación objetiva, no se le podría atribuir la muerte de su tío, ya que tomar un vuelo en una aeronave no constituye un riesgo desaprobado; por otro lado, a pesar de las malas intenciones que tenía el sobrino, no tenía el control de la falla mecánica de la aeronave que ocasionó la muerte al tío y por ende, no existió el evento en donde pueda realizar el tipo penal objetivo, que, en el caso concreto, sería el homicidio.

*Aspectos generales en el COIP.* En las normas que se encuentran en los artículos 22, 25, 28 y 29 del Código Orgánico Integral Penal, podemos apreciar que existe la posi-

vización de la teoría de la imputación objetiva en el *sistema jurídico penal ecuatoriano*, que la convierten en un requisito fundamental de todo tipo penal. El art. 25 del COIP forja que el tipo penal requiera en su descripción los elementos exigidos por las conductas penalmente relevantes, que son aquellas conductas que ponen en peligro o producen resultados lesivos, que son realizados con la intervención de la voluntad (art. 22) a un bien jurídico protegido determinado. En el art. 28 del Código Orgánico Integral Penal tenemos a la omisión dolosa, que sin lugar a dudas cuando se deja de cumplir con el deber cuando se encuentra en la obligación jurídica de salvaguardar un bien. Por último, en el art. 29 del COIP tenemos a la antijuricidad, apreciada como un componente de la infracción penal, la cual radica en la apreciación que tiene el autor de la acción antijurídica cometida, y si se obtuvo o no el resultado querido, que es contradictorio a la ley penal.

*Imputación objetiva de la conducta o el comportamiento.* En lo que respecta a la imputación objetiva de la conducta, dentro del Código Orgánico Integral Penal, podría considerarse que se empieza a hacer referencia a la misma a partir del artículo 12 de la norma en mención. El ejemplo clásico más utilizados dentro de la aplicación de la imputación objetiva es el siguiente: A, que se desenvuelve como taxista, transporta a B hacia un determi-

nado sector; en la mitad de su traslado, un control policial para la marcha del vehículo y empieza con una revisión tanto del taxista como del pasajero; consecuentemente, encuentran al pasajero una mochila que poseía dos kilos de pasta base de cocaína. Por tratarse de un delito flagrante, se aprehende inmediatamente tanto al taxista como al pasajero.

Bajo este escenario se debe analizar que A cumple su rol social de taxista, el cual es llevar a un determinado lugar a un pasajero a cambio de una retribución económica. Lamentablemente, en Ecuador los centros de privación de libertad actualmente se encuentran sobrepoblados y tienen a muchos individuos que han pasado por situaciones iguales, y que aun no poseyendo la responsabilidad directa del ilícito éstos pagan las consecuencias jurídicas, en muchos casos, por la falta de una buena defensa técnica.

Para poder comprender de forma correcta lo que es la imputación objetiva de la conducta, debemos tomar en cuenta que ésta se encuentra dividida en varios factores o teorías, las cuales son:

- *Riesgo prohibido o no permitido (la creación).* Todos los individuos en la sociedad poseemos un determinado rol, el cual determina un tipo de riesgo, sin embargo, no siempre este riesgo será penalmente relevante, negando así en estos casos puntuales la imputación

sobre dicho actuar, puesto que este accionar no ha dado paso a la creación de un riesgo importante de lesionar a un determinado bien jurídico protegido, es decir que no existe la creación de la peligrosidad o simplemente es insignificante, en caso contrario, que se logre verificar que sí existió la creación del riesgo no permitido capaz de lesionar al bien, sería atribuible de dicha imputación objetiva.

Cabe indicar que esta teoría se desprende de los ideales de Claus Roxin sobre el funcionalismo. Doctrinariamente algunos juristas la ubican en la imputación objetiva de la conducta, cuando este riesgo no ha generado lesiones, sin embargo, si las genera a criterio de conocedores del derecho, esta teoría (exceso de riesgo permitido) está bien ubicada en la imputación objetiva del resultado, la cual se profundizará *a posteriori*. Para poder verificar si existió o no esta creación del riesgo en base a la conducta del autor, se deben tomar en cuenta las siguientes vertientes: la normativa extrapenal y las normas técnicas.

Un ejemplo de esta teoría: A, mientras conducía su vehículo, atropelló a B, ocasionándole la muerte; si A conducía en estado de embriaguez y B cruzaba por el paso peatonal, estamos frente a una creación de ese riesgo que acabó con el bien jurídico (la vida) de B, por lo tanto, es imputable. En este panorama aplicaremos las

vertientes mencionadas, la norma extrapenal será la regulación de tránsito y su prohibición de conducir en estado etílico, por otra parte, el estándar técnico sería la prueba de alcoholemia.

Sin embargo, si A conducía a una velocidad prudente y en uso pleno de sus facultades, mientras que B cruzó en luz roja, se entendería que no existió la creación de un riesgo por parte de A, y aunque B hubiese muerto, esto no podría ser atribuible de responsabilidad al conductor. El jurista ecuatoriano Edmundo Boderó expresa que: “*El riesgo creado debe ser jurídicamente desaprobado, es decir no es posible imputar a la acción cubierta por un riesgo permitido, esto es, a la acción que, aunque peligrosa, está permitida por su utilidad social.*”

*Disminución de riesgo.* La disminución de riesgo es cuando el autor de dicho acto impide que suba a otro nivel aún más grave, por lo cual esa conducta no podría ser imputable al individuo que la ocasionó; un ejemplo de esto es: Aquel paramédico que, en el afán de reanimar a un individuo que está colapsando por ahogamiento, le practica un masaje cardiaco, producto del cual le lesiona una costilla. En este ejemplo, podemos analizar que el paramédico disminuyó el riesgo por salvaguardar aquel bien jurídico protegido, que es la vida del individuo, impidiendo así que se ejecutara la muerte, por lo tanto, no sería imputable el delito de lesiones.

Un ejemplo adicional: A tumba de manera brusca a B con el fin de impedir que un auto la atropelle; producto de dicho impulso B resulta lastimada. Si se analiza este ejemplo, no se le podría imputar el delito de lesiones a A, pues en caso de que éste no hubiese realizado dicho acto B hubiese muerto, es decir que A disminuyó el riesgo de B.

*Incremento de riesgo.* Cabe en su totalidad la imputación de alguna conducta ilícita contra un individuo cuando éste incrementa el riesgo sobre un bien jurídico protegido ajeno; ejemplo de aquello es: Aquel conductor que excede la velocidad permitida. Si bien en el mundo fenomenológico conducir es un riesgo aprobado por la sociedad y normativa correspondiente, incrementar aquella velocidad significaría exceder el riesgo permitido, ya que pondría en peligro su vida y la de terceros.

Otro ejemplo: Una fábrica que se dedique a la elaboración y experimentación de químicos radiactivos es un riesgo aprobado jurídicamente, empero, si por algún motivo no se toma las medidas preventivas necesarias y se ocasiona algún evento que ponga en peligro a los trabajadores y ciudadanos de sus alrededores, como el famoso accidente de Chernóbil, se habría excedido el riesgo permitido, por lo tanto sería imputable.

• *Principio de confianza.* Esta teoría es implementada por Jakobs dentro del

funcionalismo e implica una división funcional del rol, en donde se puede identificar los roles divididos de los individuos que intervienen en una conducta penalmente relevante. Este principio indica que todos los individuos actuamos conforme a determinado rol. “*Principio de la confianza, conforme al cual todos y cada uno de los miembros de la sociedad confían en que los demás respetarán las reglas establecidas para evitar la puesta en peligro de un bien jurídico.*” (Garrido Mont, 2003).

El principio de confianza en el derecho penal está fuertemente ligado con el ámbito médico, específicamente en donde se interviene quirúrgicamente a una determinada persona, aunque su aplicación puede adaptarse a cualquiera caso en donde sea prudente. Tal como su nombre lo indica, este principio trata de aquella confianza que existe por parte de un individuo en relación a otro, cuyo actuar pensamos que será apegado a la norma, confiando así en que no se procederá a nada ilícito.

Sus primeros inicios surgieron en Alemania, cuando se atravesaba por una ola de múltiples casos de accidentes de tránsito; se empezó a considerar que existía la posibilidad, por parte del conductor, de haber confiado plenamente en la actuación correcta de otro individuo que conformaba dicho tránsito, eximiéndolo así de responsabilidad por los comporta-

mientos erróneos de terceros. Las primeras sentencias emitidas en base al principio de confianza las realizó Reichsgericht, entre una de ellas destaca la siguiente:

Sentencia del 16 de septiembre de 1935: *Se trata de un caso en el que el conductor, en un primer momento, había visto a unos niños jugando en medio de la calle y les había hecho señales para que le dejaran el camino libre. Los niños se desplazaron hacia la derecha y el conductor prosiguió su marcha. Al pasar junto a los niños, uno de ellos intentó volver a la carretera. Para evitar atropellarlo, el conductor giró rápidamente a la izquierda y chocó con una roca. Como resultado de la colisión murió su acompañante.*

*El tribunal de instancia, siguiendo la práctica habitual, había condenado al conductor por entender que, habiendo visto a los niños, debía contar con que de repente pudieran querer cruzar la calle, y que, en esa medida, debía disminuir la velocidad hasta el punto de estar en condiciones de poder dominar su vehículo.*

*El Reichsgericht, sin embargo, absuelve al conductor, explicando que, si bien se debe contar siempre con las conductas irracionales y descuidadas de los terceros, sobre todo cuando son niños, ello no puede suponer una exigencia que vaya más allá de lo que cabe esperar conforme a la experiencia normal de la vida, y en este caso nada hacía pensar que los niños pudieran volver a intentar cruzar la calle.*

No solamente fue en el ámbito de tránsito, sino también en escenarios completamente diferentes, en donde la aplicación de este principio era totalmente válida. Del principio de confianza se deriva lo que conocemos como la teoría general de roles, puesto que existen múltiples casos en donde el rol de un trabajador, dentro de una determinada empresa, debe poseer la confianza de quién es la autoridad máxima en conjunto con los subordinados que ejecuten un determinado deber. Del principio de confianza se expondría que: se basa en aquel ciudadano que se desenvuelve pensando que los demás ciudadanos actuarán de una forma estándar, apegados al cumplimiento de sus roles o funciones sociales.

*Teoría general de los roles.* Según Jakobs, la teoría general de los roles, aplicada dentro de la imputación objetiva, hace referencia al riesgo que posee cierto individuo cuando la responsabilidad de éste está condicionada por la decisión de un tercero; sin embargo, se excluyen aquellas decisiones condicionadas al propio individuo, es decir, a la subjetivas.

Todos los seres humanos dentro de la sociedad poseemos un rol específico, esto sirve al derecho penal para tener la garantía de que existirá una seguridad conforme al rol que desempeñe cada uno, por lo que, si dicho comportamiento no se ha despegado del rol correspondiente, será imposible imputarlo por algo que socialmente

es adecuado, aunque dicha conducta haya producido alguna consecuencia a un bien jurídico protegido.

Con el surgimiento del funcionalismo, se trataba de enlazar el derecho penal y la política criminal desde los dos puntos funcionalistas que hemos mencionado en acápites anteriores. Jakobs implementa esta teoría de los roles por considerar que se trataría de la regulación del comportamiento o conducta de un individuo en el ámbito social, dando paso así al análisis de los resultados que dicho accionar traiga consigo.

Se hace referencia también a que el poder punitivo del Estado debe consistir en fortalecer al sistema social, con la finalidad de cumplir las expectativas que se tiene sobre determinada persona, con el fin de satisfacer a la norma, lo que está ligado con el funcionalismo normativo. Schúneman menciona diversos ejemplos, como este: la muerte mediante un colapso nervioso producto de un *shock* al recibir la noticia del accidente de un familiar; en este caso el resultado es previsible, pero se encuentra fuera del ámbito, no resultando conveniente desde el punto de vista político criminal la atribución del mismo al “mensajero”.

• *Prohibición de regreso.* También es conocida como la teoría de la división funcional de los roles y fue implementada por Jakobs. Para este autor, no

podría atribuirse responsabilidad penal a aquel que se comporta siempre apegado a su rol social; sin embargo, sí era imputable la extralimitación de ese rol, un ejemplo clásico de aquello es: A, en su rol de taxista, transporta a B hasta un determinado domicilio; B baja del vehículo e ingresa, posteriormente roba dinero en dicha casa. En este ejemplo A no podría responder penalmente, pues él se limitó a lo que su rol de taxista enmarca, esto con la correspondiente justificación.

*Posición de garante.* La conducta penalmente relevante puede ser por acciones u omisiones; en el caso de las omisiones debemos analizar obligatoriamente si dicho individuo posee o no la posición de garante como tal, esto es, el rol obligatorio que posee para actuar en defensa del bien jurídico de otro. En ciertas ocasiones el individuo puede llegar a atribuirse posiciones de garante que naturalmente no le corresponde, una posición de garante:

- Por su naturaleza: la madre con su hijo (obligación de cuidado y protección de sus derechos desde su concepción). Si la madre, por ejemplo, permite que lo agredan sexualmente, así no hubiese participado, por su falta de protección estaría actuando bajo la modalidad de omisión.

- Por su función: servidores públicos (han adquirido posición de garantes por sus cargos a desempeñar). Un ejemplo de esto es el policía en función de sus labores que observa un robo a su lado, sin embargo, no actúa en defensa del perjudicado, esto sería una omisión.
- Adquiridas sin ser propias: (aquella persona que voluntariamente adquiere dicha posición). Un ejemplo de aquello sería la persona que voluntariamente ayuda a un no vidente que intenta cruzar una calle transitada, sin embargo, a mitad de la calle decide abandonarlo y posterior a esto un vehículo lo impacta; aunque no exista una posición de garante obligatoria, el decidió voluntariamente apropiarla, por lo cual el no haber cumplido con lo que inició le atribuye una omisión.
- *Imputación objetiva y víctima.* En esta vertiente de la imputación objetiva se observa el principio de la autorresponsabilidad, o dicho de otra manera, de la responsabilidad propia, que no es otra cosa que: el autor puede quedar exento de responsabilidad penal cuando la propia víctima, con su comportamiento, no actúa de tal forma; entiéndase como que es la propia víctima quien ha sobrepasado un riesgo jurídicamente permitido por la ley penal.

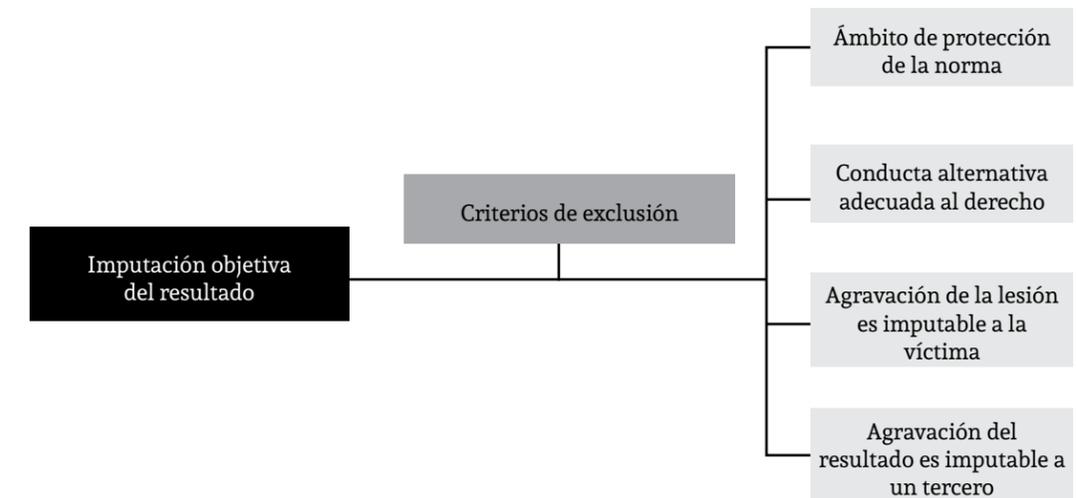
*Autopuesta en peligro de la víctima.* Se analiza esta figura de la propia autopuesta en peligro de la víctima: quien con su propio comportamiento genera o en efecto aumenta el peligro de vulneración del bien jurídico protegido, del cual es titular.

La jurisprudencia excluye de la imputación objetiva aquellos supuestos en los que la creación del riesgo jurídicamente desaprobado no recae sobre el sujeto activo, si no que recae sobre el sujeto pasivo, es decir, en la víctima. Respecto a este postulado, nace la necesidad de decidir, por parte del juzgador, si la víctima ha perdido la protección del derecho penal, bajo el criterio de la autorresponsabilidad, o en efecto, se debe determinar la responsabilidad jurídica penal al autor que creó el riesgo.

Señala Jakobs que: “Sin embargo, mayor importancia práctica que estos casos de apoyos que exceden de lo obligado probablemente la tengan aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la «desgracia», sino «la lesión de un deber de autoprotección» o incluso la «propia voluntad» (Jakobs, 1998).

Para la comprensión de aquello, pongamos el ejemplo de una persona que observa que en una casa está siendo consumida por las llamas; al presenciar el retardo por parte de los bomberos decide ir al rescate de las personas que habitan en la casa y

**Ilustración 3.** Imputación objetiva del resultado.



**Elaborado por:** Enderica, C. (2020) y Orellana, K. (2020).

producto de esta acción muere; voluntariamente provocó una autolesión al no tener preparación suficiente para incendios.

*Imputación objetiva del resultado.* Al respecto señala el profesor Zambrano Pasquello siguiente: generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo objetivo, pero aun así, puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir tales peligros y sus efectos.

Por ejemplo, Carlos circulaba en su vehículo en horas de la madrugada, encontrándose consciente de que los faros estaban en mal estado; con tales circunstancias en las que se encontraba el vehículo, tomó una curva a velocidad permitida por las autoridades de tránsito, pero debido a los faros en mal estado se desvió ha-

cia el carril contrario, impactándose con el vehículo que venía en sentido opuesto, causándole la muerte al conductor.

Analizando este ejemplo, vemos que habría una conducta penalmente relevante a nivel de tipicidad, por cuanto al conducir un vehículo en mal estado se está creando un riesgo no permitido, que en el caso concreto es el deber objetivo de cuidado. Todo buen conductor, al haber estado el vehículo en buenas condiciones, hubiese podido evitar ese resultado y por ende, en este ejemplo de Carlos sí puede serle imputado objetivamente el resultado.

La imputación objetiva del resultado puede poseer las siguientes vertientes:

Según expone el jurista ecuatoriano Edmundo Boderó: “*La teoría de la imputación objetiva plantea el problema de la atribución del resultado, constante en el tipo, no como una cuestión ontológica (natural, vinculado*

a la causalidad) sino como un problema normativo. Sirve, para descartar ab initio<sup>1</sup> los riesgos penalmente irrelevantes...”

- *Vínculo objetivo del comportamiento y el resultado.* Dicho en acápites anteriores y sosteniendo la postura del maestro Günther Jakobs,<sup>2</sup> es responsable aquella persona que se extralimita a su rol dentro de la sociedad y que, dentro de esta imputación objetiva del comportamiento, se encuentra de forma inherente lo que es la teoría de prohibición de regreso, teoría que verifica si existe o no una posición de garante. Evidentemente, se debe observar de forma estricta y precisa de qué manera se justifica el sujeto activo del delito o presunto autor, sí ha salido o no de su rol.

Recordemos que el del Código Orgánico Integral Penal tipifica acciones u omisiones que han sido realizadas en conciencia y voluntad, lo cual permite indicar que, si una persona realiza una acción sin voluntad o sin consentimiento, no se le puede imputar objetivamente un resultado y que es importante manifestarlo dentro de un

<sup>1</sup> Traducido al español: “desde el principio”.

<sup>2</sup> “El hombre es un subsistema sico-psíquico, un centro de imputación o adscripción de responsabilidades. No importa la significación individual de las conductas, sino su significación social y la significación social no se deduce de la mente del autor, sino que ha de deducirse a partir del hecho en la mente del autor. Solo para el autor comienza el hecho con el dolo; para los demás, comienza al objetivarse”. Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, pág. 203.

proceso penal. Es por ello que se debe tomar en cuenta, de forma obligatoria, la posición de garante que tiene un individuo dentro de la sociedad, para poder alegar una omisión que es penalmente relevante dentro de lo que es la imputación objetiva del comportamiento o conducta; tenemos que revisar la posición de garante que tiene un individuo.

Por ejemplo, en el caso de aquellas personas que se encuentran en servicio activo policial, facultados plenamente para el cumplimiento del ejercicio de sus funciones, al momento de visualizar que se comete un hecho delictivo tienen la obligación de intervenir, por cual, debido a su naturaleza, todos los policías en servicio activo y facultados en sus funciones adquieren la posición de garante (Jakobs, G. 1997).

En el ejemplo citado, aquel policía que tiene dicha posición de garante, el cual, en el caso de no cumplir como tal y hacer caso omiso se está creando un riesgo penalmente relevante a través de dicha acción, pues el Código Orgánico Integral Penal es claro al respecto al indicar que aquellas personas que tienen la posición de garante, al percibir el cometimiento de un delito, tiene la obligación de denunciar o en su efecto poner a órdenes de autoridad competente. Para un mejor entendimiento, citamos el siguiente ejemplo del maestro Eugenio Zaffaroni: “Así, el comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina no quebranta su rol, aunque el comprador

le exprese que lo usará para cometer un homicidio” (Zaffaroni et al., 2005).

*Evitabilidad.* La teoría de la evitabilidad, diseñada por Roxin,<sup>3</sup> nos enseña que antes de imputar un resultado se tendría que examinar si es que un individuo ha estado en capacidad de evitar la consumación de un hecho, y no lo realiza.

*Injerencia.* Actualmente se encuentra en constante desarrollo y construcción por los doctrinarios. En todo caso, no es otra cosa que analizar cuándo un sujeto debe llegar a asumir la posición de garante, cuando esencialmente no la tiene, pero que en todo caso puede tenerla y asumirla por voluntad propia. Ejemplo: Miguel, quien es un hombre de la tercera edad, se encuentra cruzando la calzada; César quien es un transeúnte que pasa por el lugar, observa a Miguel cruzar la calle y decide ayudarlo (asume el rol de garante), e inesperadamente ocurre un accidente y

<sup>3</sup> En una conferencia llevada a cabo en la Academia de Ciencias de Berlín, el 13 de mayo de 1970, Roxin manifestó un innovador modelo de derecho penal, enfocado sobre todo en la teoría del delito, mismo que dio a investigaciones con posterioridad. Él proponía, como meta principal, que se vincule tanto el derecho penal como la política criminal y que se restaure consecuentemente la categorización de los delitos desde el punto de vista de dichas políticas, entre las cuales se menciona: el otorgamiento de funciones en relación a la tipicidad, la aplicación de políticas sociales como herramienta de solución de aquellos conflictos que emanan causas justificantes, como método preventivo, la necesidad de una pena, añadidas a la culpabilidad y que posteriormente fundamenta la responsabilidad. Roxin además publicó sus conocimientos sobre la *imputación objetiva*, concibiendo la idea del injusto típico, como el acto realizado de aquel riesgo no permitido. Cfr. Muñoz Conde, F., prólogo a la *Evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, págs. 12-15.

muere Miguel. César es objetivamente imputable por aquel resultado, debido a que ocupó un rol dentro de la sociedad que no lo tenía.

- *Vínculos derivantes.* Al respecto, el maestro Roxin manifiesta que la atribución de un resultado, cuando no es posible visualizarlo, se representa a través de los vínculos derivados; estos vínculos derivados son los siguientes:

*Concurrencia de riesgo.* Con respecto a este postulado, vemos que tiene un enfoque directamente en la dogmática penal y se debe analizar si esta concurrencia de riesgos es producida por una sola conducta o, en consecuencia, cuando existen varias conductas dentro de las cuales tenemos la conducta única y la conducta múltiple.

No es posible imputar objetivamente en el supuesto que, a pesar de que un individuo con su conducta creó un riesgo jurídicamente desaprobado, el resultado final es producto de otro riesgo ajeno a él. En este caso estamos hablando de una concurrencia de riesgos, por ejemplo: A dispara a matar a B, pero solo logra lesionarlo, pero luego B muere producto de un incendio ocurrido en el hospital en el cual estaba siendo atendido, por lo tanto, la muerte de B no puede ser atribuida a A.

*Conducta única.* En ocasiones, una sola conducta o comportamiento de un suje-

to activo, puede poner en riesgo diversos bienes jurídicos protegidos de la norma, ejecutando tan solo una acción que es penalmente relevante. Claro ejemplo de la conducta única es el siguiente: José, en su intento de matar a Juan, quien se encuentra en el parqueadero o estacionamiento de un centro comercial, lanza una granada, provocándole lesiones en sus piernas y quemaduras alrededor de su cuerpo; también su acción ha averiado a dos vehículos que se encontraban estacionados cerca de José, lanzando una sola granada.

Al momento de establecerse una explosión, afecta de manera obligatoria a varios bienes jurídicos protegidos, ya que la producción de ese resultado conlleva a un delito contra la vida; también fue contra el derecho legítimo de la propiedad de aquellas personas que son titulares de los vehículos estacionados en el mismo lugar del centro comercial, de manera que, en una sola acción, se incurre en varios tipos penales.

*Conducta múltiple.* (Riesgo separable-inseparable y sobre condicionado). En cuanto al riesgo separable, claro ejemplo es el siguiente: Carlos, siendo servidor de una empresa de guardias de seguridad y laborando diariamente en el centro comercial “San Marino”, fue atacado por unos hampones que pretendían entrar a robar al centro comercial; le provocaron heridas graves dos impactos de bala, quedando herido de muerte al evitar el ingreso de los atacantes.

Por ejemplo, Carlos fue auxiliado por miembros socorristas de ambulancias para trasladarlo de forma inmediata al hospital; en el trayecto donde es llevado al hospital, Roberto, quien se encuentra conduciendo su vehículo bajo el estado de embriaguez y a alta velocidad, impacta la ambulancia donde se movilizaba Carlos, produciéndole inmediatamente la muerte.

En el presente ejemplo tenemos de forma obligatoria dos comportamientos: el primer comportamiento es del hampón que intentaba ingresar a robar en el centro comercial y hiere de gravedad a la víctima por tratar de evitarlo; el segundo comportamiento es el de Carlos, quien conducía su vehículo en estado etílico. Nos encontramos frente a dos riesgos que son totalmente separados. De la conducta múltiple surgen las siguientes vertientes:

*Riesgo inseparable.* Al hablar de esta teoría, el riesgo resulta conformado por la unión de varias vertientes de responsabilidad. Se muestra cuándo no es posible separar la participación de cada interviniente en un acto y por ende no se puede demostrar cuál ha sido eficiente y cual no lo es. Tenemos el siguiente ejemplo: es el caso de dos empresas asociadas, dedicadas a la producción de productos tóxicos como el cloro y la pintura, ubicados cerca del Río Guayas, donde las personas, por lo general los moradores del sector, hacen uso de dicha agua al ser apta para el consumo humano.

Dichas empresas, al sufrir un percance de derramamiento de esos productos por no tener el debido cuidado, desde su interior deciden abrir las compuertas conjuntamente y proceder al drenaje de las sustancias tóxicas, recayendo directamente al río y produciendo la muerte de una persona al ingerir el agua contaminada. En el ejemplo mencionado, por el tiempo en el que se realiza de una manera conjunta la apertura de las compuertas para drenar las sustancias tóxicas, el riesgo no es separable, ya que no se puede distinguir ni medir la proporción del grado de contaminación que aportó cada una de estas empresas, por lo tanto, cabe la imputación objetiva de resultado, ya que los intervinientes realizaron una contribución suficiente para producir aquel resultado.

*Riesgo por indefensión.* En este caso, es el autor con su comportamiento decide colocar a la víctima en un escenario o contexto de indefensión, frente a otros riesgos existentes que se encuentran a su alrededor. El autor no puede ser responsable por todos los daños inusuales que puedan suscitarse por aquella situación de indefensión de la víctima, sino que, en su efecto, sea responsable por aquellas que puedan esperarse de la situación en que se ha puesto a la víctima.

Por ejemplo: En una pelea callejera, por pandillas en disputa de territorio, Carlos golpea a Antonio, propiciándole una patada a la altura de la cabeza; producto de ese

evento, Antonio cae al piso desmayado. Debido a aquello, Carlos procede a retirarse del lugar. Resulta que en aquella edificación en donde se encontraba Antonio desvanecido por el golpe, de manera repentina desciende un temblor, provocando el derrumbe y cayendo en su totalidad en el cuerpo de Antonio, produciéndole irremediablemente la muerte. Con dicho ejemplo surge la interrogante ¿cuál es el grado de responsabilidad de Carlos por haber golpeado a Antonio y haberlo dejado inconsciente, en base a que en aquella edificación se produjo un derrumbe por aquel temblor repentino, ocasionando la muerte a Antonio?

En respuesta a esta interrogante, según la teoría del maestro Claus Roxin, se debe excluir las circunstancias derivadas de la naturaleza, que puedan provocar un resultado. En este escenario, excluyendo esta causa natural originada por la propia naturaleza y que dicha edificación se haya encontrado en un estado de deterioro total, la producción de ese resultado sí sería imputable objetivamente a Carlos, puesto que conocía que por producto del golpe que proporcionó a Antonio lo dejó en estado de indefensión, ya que se encontraba inconsciente.

*Riesgo derivado a terceros.* Dentro de este grupo de riesgos se identifica por ser un proceso causal que ya ha iniciado, o que en efecto se encuentra en marcha para evitar la lesión de un bien jurídico protegido

por la norma penal, y que dicho proceso ha sido interrumpido mediante un movimiento corporal de un tercero. Es el caso de que A, viendo a B, quien ha sido herido de bala, decide avisar a la ambulancia para que sea trasladado inmediatamente al hospital, pero no logra realizar la llamada porque un tercero le impide utilizar su teléfono al lanzarlo al agua.

*Riesgo de curso salvador.* Dentro de este grupo de riesgos es necesaria la inclusión de aquellos en los que por decisión del propio autor ha puesto en marcha un curso salvador, y que si no lo quebranta, va a conservar la integridad del bien jurídico protegido. Un claro ejemplo es el caso de aquella persona que lanza un salvavidas en una playa, mismo que se encuentra atado a una cuerda para mayor facilidad de salvamento de quien está en grave peligro de muerte por ahogamiento en el mar, pero decide retirar la cuerda con el salvavidas al darse cuenta de que la persona en problemas es su enemigo. En este caso el bien que se pretendía precautelarse es la vida.

### Conclusiones

1. La escuela que rige el sistema penal ecuatoriano es la funcionalista, desarrollada y estudiada por Roxin y Jakobs. La escuela funcionalista acoge los elementos proporcionados por la teoría del delito como lo son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Por medio de los instrumentos realizados

para llevar a cabo la presente investigación, ha quedado en evidencia que existe un considerable desconocimiento de la teoría de la imputación objetiva y que no se vivió la transición de la escuela finalista a la funcionalista. Por medio de las encuestas se pudo cumplir con el objetivo de la investigación.

2. Nuestra conducta como personas ante la sociedad involucra un comportamiento administrado por un ordenamiento jurídico. El juicio de imputación requiere siempre de una conducta humana cotejada con una norma y que ésta a su vez vaya más allá de un riesgo jurídicamente desaprobado. La teoría de la imputación objetiva debe ser correctamente aplicada en una defensa técnica, analizando la conducta del supuesto infractor como antecedente y la consecuencia de dicha conducta como resultado de la misma, y si sobrepasa un riesgo jurídicamente permitido y para los administradores de justicia es correctamente aplicable esta teoría al garantizar el principio de legalidad.
3. Para poder adecuar una conducta a un tipo penal, es extremadamente necesario demostrar la relación existente entre la conducta del sujeto y el resultado objetivo de aquella conducta, y que de esta manera exista la relación de causalidad de acción y resultado; observar objetivamente si ese resultado

puede ser imputado a una persona que cumple un rol distinto en la sociedad y que generan acciones que arrojan un resultado, donde se observa principalmente si la persona se apartó o no de aquel rol del cual estaba obligado, y que no genere un riesgo jurídicamente desaprobado por la norma penal.

4. En el transcurso del presente trabajo de investigación, se ha podido determinar los criterios tomados en consideración del maestro Roxin, que determinan la teoría de la imputación objetiva de resultado, los cuales son: la disminución del riesgo, la creación de un riesgo jurídicamente relevante y el incremento del riesgo permitido.
5. Para el maestro Jakobs, la teoría de la imputación objetiva cumple una función esencial que permite determinar los ámbitos de responsabilidad de un sujeto dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuándo una conducta tiene carácter delictivo, dividiéndola en riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y la actuación de la autopuesta en peligro de la propia víctima.

### Bibliografía

- Bodero, E. (4 de junio de 2013). La defensa penal científica. *Ensayos Penales*, 74.
- Cancio Meliá, M. (2001). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Código Orgánico Integral Penal. (3 de febrero de 2014). Registro Oficial Suplemento 180. Quito, Ecuador: Asamblea Nacional. Obtenido de [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP\\_feb2018.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf)

Cornejo Aguiar, J. (9 de noviembre de 2015). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 2 de febrero de 2020, de Derechoecuador.com: [https://www.derechoecuador.com/teoria-causalista-y-finalista-del-derecho-penal-#\\_ftn1](https://www.derechoecuador.com/teoria-causalista-y-finalista-del-derecho-penal-#_ftn1)

Derecho Venezolano. (s.f.) *Derechovenezolano.com*. Recuperado el 21 de enero de 2020, de <https://derechovenezolano.wordpress.com/2017/06/26/el-funcionalismo-moderado-de-roxin/>

Garrido Montt, M. (2003). *Derecho penal. Parte general*, (Vol. II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Guillén, C. (2012). *Debido proceso penal*. *Revista Jurídica*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil.

Jakobs, Günther. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.

Jakobs, Günther. (1998). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Lima: Grijley.

Izalitur, A. (2014). *Mediación del conflicto penal*. Santiago: Editorian Nacional.

Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*.

Maraver, M. (s.f.) *El principio de confianza en derecho penal, un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teo-*

*ría de la imputación objetiva*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.

Orellana Faz, K. (19 de enero de 2020). *Repositorio ULVR*. Recuperado el 2 de febrero de 2020, de Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal: <http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/3646>

Schúneman, B. (1997). Consideraciones sobre la imputación objetiva. Congreso Internacional de Derecho Penal, (págs. 29-229).

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar Alejandro. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Zambrano Pasquel, A. (2000). *La imputación objetiva*. Quito. Obtenido de [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/28102012/dpimputacion\\_objetiva.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dpimputacion_objetiva.pdf)

Zambrano Pasquel, A. (s.f.) *Derecho Ecuador*. Recuperado el 19 de enero de 2020, de [https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/dpimputacion\\_objetiva.pdf](https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/dpimputacion_objetiva.pdf)



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

LEANED MATOS HIDALGO<sup>1</sup>

YORDAN CHÁVEZ RAMÍREZ<sup>2</sup>

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.6>

## A CONTRALUZ: LAS INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES EN LA INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL CUBANO

Against the light: Inspections and bodily interventions in the investigation of the Cuban criminal process

### Resumen

La investigación aborda los presupuestos teóricos, normativos y comparados acerca de las inspecciones e intervenciones corporales. Se pone de manifiesto su necesaria y correcta formulación como diligencias de investigación en el proceso penal cubano, debido a que se generan dificultades en la práctica jurídica con su aplicación. Se define como objetivo general fundamentar el perfeccionamiento de la realización de las inspecciones e intervenciones corporales, a partir del análisis teórico-práctico en aras de la protección de los derechos fundamentales de los procesados y víctimas del delito. Se utilizan como métodos científicos generales el análisis-síntesis e inductivo-deductivo. Como métodos específicos, el análisis jurídico comparado, el histórico jurídico, exegético jurídico y el teórico jurídico. Los resultados son la sistematización teórica de los fundamentos y elementos conceptuales acerca de las inspecciones e intervenciones corporales, a partir de los argumentos de la doctrina internacional y nacional y propuesta de pautas normativas con relación a la modificación de la Ley de Procedimiento Penal cubana con respecto a las inspecciones e intervenciones corporales.

**Palabras claves:** inspecciones corporales, intervenciones corporales, debido proceso, derechos humanos, disposiciones normativas

### Abstract

The research deals with the theoretical, normative and comparative assumptions about body inspections and interventions, which shows their necessary and correct formulation as investigative measures in the Cuban criminal process, because your application is complicate in the juridical practice. It is defined as

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho. Diploma en Formación de Fiscales. Diploma en Derecho Penal. Ex fiscal de la Provincia Granma. Profesora Asistente de Derecho Procesal Penal y Coordinadora de Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba. Trabajo investigativo resultado del Proyecto "Convencionalidad y criminalidad", realizado en el 2019 en la provincia de Santiago de Cuba por el Departamento de Ciencias Penales y Derecho de la Empresa. Correo electrónico: lmatosh@udg.co.cu. ORCID: 0000-0002-4182-1732

<sup>2</sup> Estudiante de pregrado que colaboró en la investigación a través de la realización de su Trabajo de Diploma. Universidad de Granma, República de Cuba.

a General Objective: Basing the perfecting of the realization of the inspections and corporal interventions, as from the theoretic practical analysis for the sake of the protection of the organic laws of the defendants and victims of the crime. The general methods are used: Analysis-Synthesis and Inductive-Deductive, and specifics methods: Comparative Legal, Legal History, Legal Exegetical and Legal Theoretical. The results are: Theoretical systematization of the fundamentals and conceptual elements about body inspections and interventions, based on the arguments of international and national doctrine and Proposal normative guidelines regarding the modification of the Cuban Criminal Procedure Law with respect to body inspections and interventions.

**Key Words:** body inspections, body interventions, due process of law, human's rights, normative dispositions.

### Introducción

**E**l derecho penal y en especial el proceso penal por antonomasia constituyen *per se* una limitación a los derechos fundamentales de los ciudadanos involucrados en él (Carnelutti, 1960). Por ende, el proceso penal, como conjunto de actos procesales encaminados a la investigación, la formulación de una imputación, el juzgamiento y la imposición de sanción o absolución del acusado por la comisión de un hecho delictivo, debe estar premiado de garantías que permitan a los sujetos implicados el respeto de sus derechos. Máxime si se necesita la vulneración de algunos, como el derecho a la intimidad, de víctimas y acusados, para el esclarecimiento del ilícito penal.

En relación con este asunto, Medina Batista (2015) refiere:

Que el debate existente entre el derecho legítimo de castigar del poder punitivo del Estado, concretado en el proceso penal y la idea de que este se pueda erigir

como el instrumento idóneo de realización de las garantías de los derechos fundamentales de los derechos humanos, nos enfrenta a una realidad que obliga a la búsqueda de métodos adecuados para administrar justicia. (s.p.)

Se puede decir que durante los últimos años el derecho procesal penal, como ciencia autónoma, ha perfeccionado el contenido de las instituciones que conforman los sistemas de enjuiciar y el proceso penal en sí, estableciendo límites en cuanto al actuar de los órganos del Estado que realizan la investigación penal. Es por eso que se han fortalecido los principios de oportunidad, igualdad de las partes, presunción de inocencia y el derecho a la defensa técnica y material. Por ello, se delimitan las intervenciones e inspecciones corporales como diligencias de investigación en el proceso penal.

Las acciones indispensables realizadas sobre el cuerpo humano vivo (por el instructor, el cuerpo policíaco o el perito, con limitaciones de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y con la finalidad de aseverar un resultado en la investigación de un hecho) representan una violación de derechos personalísimos, pero que son proporcionales al bien jurídico protegido por el derecho penal. En este sentido, la configuración y tratamiento legal de las mismas, en el aparato de justicia penal, merecen atención, en pos de respetar los derechos

de los procesados y víctimas de los delitos. Potenciar los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, ofrecer garantías procesales y lograr un mayor índice de humanización en la investigación penal.

En relación con ello, el tema propuesto es novedoso en el sentido de la pobre producción investigativa acerca de este aspecto dentro del proceso penal y, sobre todo, la inexistencia de una propuesta científica que formule pautas para la configuración y tratamiento legal de las intervenciones e inspecciones corporales en el ordenamiento penal cubano. Es menester señalar que la doctrina internacional y nacional muestran criterios acerca de este tema, no obstante, se tratan en este trabajo otros aspectos no señalados anteriormente.

Es una materia actual, pues la doctrina procesal contemporánea, en el orden de lo penal, ha centrado sus valoraciones y argumentos en cuanto a modificación y perfeccionamiento de los modelos del proceso penal y los sistemas de enjuiciar, en el restablecimiento de la legalidad vulnerada por el responsable penal, evitar la victimización secundaria y proteger los derechos personales del acusado, elementos que igualmente se corporifican en esta investigación.

Esta investigación permite realizar un análisis del estado actual de las intervenciones e inspecciones corporales en cuanto procedimiento y régimen legal, lo que fundamenta y demuestra la necesidad de

cambios normativos en la legislación penal adjetiva a partir de la entrada en vigor de una nueva constitución.

En este caso, se trata de dos instituciones que se utilizan en la etapa de investigación dirigida por el instructor, que no se encuentran formuladas en la ley rituarial, por lo que conlleva a violaciones de procedimiento, teniendo en cuenta los principios establecidos en el debido proceso y, por lo tanto, a la existencia de actos procesales nulos o anulables. Se aprecia, que los factores más influyentes en esta omisión son el desconocimiento de sus ventajas y las limitaciones legales del procedimiento en sede penal, cuestiones que no ayudan en el enfrentamiento y control del delito con el respeto de los derechos de los procesados y que, por el contrario, van en incremento de un sistema penal sin garantías e injusticias penales.

Se considera que, a través del reajuste de las formas de proceder, en relación con estas dos diligencias, es uno de los métodos para concretar un proceso penal más eficiente, lo que necesariamente se enfoca en la actualización y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano, consideraciones señaladas como prioritarias por nuestra dirección política y estatal en la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido Comunista de Cuba.

### Metodología

Por los argumentos expuestos, se propone como problema científico la incorrecta formulación legal de las inspecciones e intervenciones corporales que conllevan a la vulneración de los derechos personalísimos de los procesados y víctimas en el proceso penal cubano. De igual manera, se define como objetivo general fundamentar el perfeccionamiento de la realización de las inspecciones e intervenciones corporales a partir del análisis teórico-práctico en aras de la protección de los derechos fundamentales de los procesados y víctimas del delito.

Se proponen como objetivos específicos:

1. Sistematizar doctrinalmente las tendencias procesales acerca de las inspecciones e intervenciones corporales, a partir del examen de las obras de los principales exponentes en este tema, para que puedan establecerse los fundamentos que legitiman su ejecución en los procesos penales.
2. Caracterizar la regulación de inspecciones e intervenciones corporales en los procesos penales en Latinoamérica, a partir de un estudio comparado de las legislaciones procesales y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, para que puedan servir de base en el perfeccionamiento del sistema procesal penal cubano.

3. Evaluar la ejecución de las inspecciones e intervenciones corporales en los procesos penales en Cuba, teniendo como base su regulación legal para la proposición de pautas normativas que contribuyan al perfeccionamiento del sistema procesal penal cubano.

Se establece como campo de la investigación a las diligencias de investigación en el proceso penal cubano y, como objeto de la investigación, las inspecciones e intervenciones corporales. Los métodos y técnicas que se utilizan son:

Métodos del nivel teórico de las ciencias en general:

1. Análisis-Síntesis: contribuye al análisis de cada una de las variables de la investigación vinculadas a las inspecciones e intervenciones corporales y sintetizar los principales fundamentos acerca del tema.
2. Inductivo-Deductivo: permite realizar conclusiones lógicas a partir de tendencias y razonamientos, partiendo de lo general a lo particular y de lo particular a lo general, o sea, de las diligencias de investigación hasta llegar a las inspecciones e intervenciones corporales, así como desde las posibles pautas acerca de su configuración.

Métodos del nivel teórico de las ciencias jurídicas:

1. Jurídico comparado: accede a comparar y analizar tendencias y criterios basados en disposiciones normativas pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos respecto a las inspecciones e intervenciones corporales en los procesos penales.
2. Histórico jurídico: permite una exposición analítica de la evolución histórica que ha tenido la ejecución de las inspecciones e intervenciones corporales en el proceso penal.
3. Exegético jurídico: permite el análisis y caracterización de la norma procesal en los casos de realización de las inspecciones e intervenciones corporales en los procesos penales.
4. Teórico jurídico: admite un análisis, según la doctrina, de las inspecciones e intervenciones corporales en el proceso penal.

Técnicas:

1. Análisis de documentos: en virtud de esta técnica, se procederá al estudio de disímiles normas procesales y sustantivas penales y civiles del ámbito nacional y extranjero, con respecto a las inspecciones e intervenciones corporales en el proceso penal.

2. Encuesta: esta técnica permitirá evaluar la ejecución de las inspecciones e intervenciones corporales, así como las posibilidades reales de perfeccionamiento en el referido proceso, teniendo como base la regulación actual que ofrece la Ley de Procedimiento cubana.

### Consideraciones generales acerca de las inspecciones e intervenciones corporales

#### Diligencias de investigación

El derecho como producto social tiene su propia dinámica, pero cuando se trata de las personas a quienes se dirige el derecho, con la debida regulación de las conductas, estas están condicionadas a los escenarios jurídicos destinados a cumplir con la ley vigente, por lo que se instrumentalizan los mecanismos para que se ejecuten con el mayor nivel (Valdez, 2018). Huaylla (2015) expone que la búsqueda de la verdad en el proceso penal es una cuestión que por muchos años ha preocupado a la doctrina, existiendo posturas que creen en la búsqueda de la verdad formal, por un lado, y la búsqueda de la verdad histórica, por otro. Sánchez Carmona (1997) explica que se debe partir del concepto investigación, que surge del latín *Investigium*, *In* que significa sobre y *Vestigium* que significa vestigio, indicio, indicador, rastro, huella, o sea, ir sobre los vestigios, indicios, indicadores, rastros y huellas. Las nociones anteriores resaltan los actos de investigación

o instructorios que, en la práctica forense, son denominados diligencias sumariales. Estos son actos de las partes y del juez de instrucción mediante los cuales se introducen en la fase instructora los hechos necesarios, bien para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, bien para evidenciar la ausencia de algún presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral.

Landaverde (2017) conceptualiza a las diligencias de investigación como un procedimiento penal, dirigido con un carácter previo, que tiene por finalidad el pronto esclarecimiento de los hechos. En este sentido, se debe destacar que todos los autores señalados y otros (Florián, 1934; Horvitz Lennon y López Masle, 2003; Levenne, 1993; Moras Mom, 2004; Pedraz Penalva, 2002; Roxin, 2000; Vázquez Rossi, 1997) hacen alusión a los aspectos más generales en relación con las diligencias de investigación, discernimientos que se apoyan desde esta investigación. Teniendo en cuenta los aspectos aludidos (con los cuales se concuerda de manera general), se concluye que las diligencias de investigación, actos de investigación o acciones de instrucción son una serie de procedimientos llevados por un órgano del Estado en la fase preparatoria del proceso penal, con la finalidad de sustentar la acción penal, las que recaen sobre bienes, el imputado, víctima o tercero, teniendo como premisas principios y derechos fundamentales

que no se pueden omitir. Para la presente, de ahora en adelante, *diligencias de investigación*. Nótese que dentro de estas diligencias cobran vida un conjunto de acciones realizadas por la administración a los sujetos, y que han sido divididas por el autor para una mejor comprensión en tradicionales y contemporáneas, dada la novedad de algunas y de la utilización de la tecnología en otras que las convierten en peripecias de esclarecimiento.

Diligencias de investigación tradicionales:

- Reconocimientos fotográficos: es una diligencia que se practica exhibiendo a las víctimas o testigos de los hechos, usando fotografías de sus archivos con el propósito de individualizar a los posibles culpables que no estén presentes ni puedan ser habidos (Cafferata, 2001).
- Presentación para reconocimiento.
- Dictamen pericial.
- La declaración del investigado, la misma se presta a una naturaleza compleja, en la medida que no solo sirve para el esclarecimiento de los hechos, sino que también es un medio de defensa (Morales, 2015).
- La entrada y registros.
- Inspección del lugar del hecho. El lugar de los hechos es el espacio abierto o cerrado, mueble o inmueble donde se cometió un presunto delito, incluyendo los alrededores, áreas adyacentes,

lugares relacionados y rutas de escape (López, 2015).

- Declaración de testigos.

Diligencias de investigación contemporáneas:

- El agente encubierto.
- Las intervenciones médicas forzadas, en este contexto se recogen todos aquellos supuestos en que el sujeto se niega a recibir tratamiento médico requerido. Están presentes también las transfusiones sanguíneas a testigos de Jehová, así como las autoagresiones y suicidio frustrado (Duart, 2013).
- Las técnicas psicométricas.
- Técnica de la prueba P300, la cual puede definirse como una técnica neurofisiológica que a través de la electroencefalografía mide la actividad eléctrica positiva del cerebro (P) que aparece 300 milisegundos (300) después de que un individuo haya sido expuesto a un estímulo visual, auditivo, etc., de ahí su denominación como P300 (Rubio, 2016).
- La intervención de agendas o dietarios, también conocida como registro de libros y papeles, que igualmente está limitada por el derecho a la intimidad (Morales, 2015).
- Vigilancia y la obtención de grabaciones videográficas.
- La obtención de datos de carácter personal.

- Inspecciones e intervenciones corporales. Este tipo de diligencias es una de las más usadas en la actualidad por la mayoría de los códigos procesales de muchos países.

Son aquellas diligencias que tratan de conseguir el descubrimiento de la verdad material en la fuente probatoria del cuerpo humano, bien sea de la víctima, del sospechoso o de un tercero. Dichas diligencias también están limitadas por derechos fundamentales y principios que amparan al ciudadano de los poderes coactivos de la Administración Pública, son las que ocupan este trabajo (Albiñana, 2016).

### Intervenciones e inspecciones corporales

Al hablar de diligencias en relación con el cuerpo humano, González Jiménez (2014) refiere que son diligencias que, en ocasiones, pueden comprometer la integridad física y siempre van a tener una incidencia sobre el derecho a la intimidad, de una forma más o menos intensa.

Las intervenciones corporales consisten en aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero (testigo o víctima), limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicio-

namientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en el proceso penal (Brito Febles, 2009).

Según Cerrada Moreno (2010), al tratarse de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, su licitud y, por tanto, su validez probatoria en el seno del proceso, dependen del respeto de medidas y de la observancia de los requisitos jurisprudencialmente establecidos. De igual manera, las inspecciones corporales son medidas restrictivas de los derechos lo que, de forma menos invasiva, sobre el cuerpo humano, según la doctrina, también se pueden llamar cateo, requisa, registro personal o el llamado cacheo.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (2007), la palabra requisa tiene su origen en el francés *réquisition* y significa “revista o inspección de las personas o de las dependencias de un establecimiento” y “expropiación por la autoridad competente de ciertos bienes de propiedad particular, aptos para las necesidades de interés público” (s.p.). Dentro del contexto policivo, es el acto de palpación externa en el individuo, buscando evidencias delictivas. Para el Tribunal Constitucional Español, la diligencia de cacheo se define como “el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito” (citado en Lucena, 2010).

Para Gómez Orbaneja (1986) “la inspección corporal llevada a cabo para descubrir el cuerpo del delito, la cosa objeto de este, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo y la vestimenta del sujeto” (p.45).

Brito Febles (2009)

Aprecia que es una actividad policial que lleva consigo el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física de los funcionarios intervinientes o de terceros, de detectar piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, por lo general previo a la apertura del proceso penal. (p. 21)

Al respecto, Gimeno Sendra (1993) esclarece que los actos de investigación se deben de realizar a partir de los aspectos que definen el objeto del proceso, por lo que las intervenciones corporales se realizarían a partir de las características del proceso investigativo. Por eso las intervenciones corporales, al recaer sobre el interior del cuerpo humano en sus cavidades naturales o debajo de la piel o en la psiquis, se diferencian de las inspecciones corporales o las llamadas requisas o cacheos en que estos últimos recaen exclusivamente

sobre la exterioridad del cuerpo humano, bien sobre las ropas o enseres que lleve consigo, e incluso sobre el cuerpo desnudo (Huertas, 1999).

De otra parte, las intervenciones corporales tienen la potencialidad de afectar la salud física o mental de las personas, por lo que siempre se va a requerir la ayuda de un experto en salud, según la naturaleza de la medida; incluso el registro al desnudo de las partes pudendas del cuerpo debe ser hecho por un facultativo de la salud. Es por ello que debe atenderse los posibles derechos a vulnerar, a decir de Ferrajoli (1999), de ese carácter esencial y básico de los derechos fundamentales así concebidos, se deriva su naturaleza de normas en sentido propio, que operan como vínculos y límites insalvables, para todos los poderes, públicos y privados.

Vázquez Ganoza (2005) menciona que la mayoría de las regulaciones legales están referidas exclusivamente a las intervenciones corporales, mas no a los registros de personas, pues estos últimos se configuran con la búsqueda externa sobre la vestimenta de la persona, equipaje o bultos que portase o el vehículo utilizado. Es decir, esto último se trata de un medio por el cual se registra a alguien para saber si oculta, siempre en el contorno o perímetro de su cuerpo, objetos de carácter delictual o relacionados con un delito.

Al realizar un análisis de los criterios expuestos, nótese que una diferencia im-

portante entre ambos términos consiste en que los derechos que se ven restringidos de manera legítima son diferentes, el registro de personas se afecta, principalmente la intimidad, mientras que en la intervención corporal colisiona directa y principalmente con el derecho a la integridad física (Tribunal Constitucional Español, 1997). Se dice que no resulta afectado el derecho a la integridad física al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal siempre y cuando recaigan sobre partes íntimas del cuerpo, como, por ejemplo, un examen ginecológico (Constitución Española, art. 18.1).

### **Principios que rigen estas diligencias como requisitos intrínsecos**

Vistos los requisitos de estas medidas, es válido aclarar que deben de estar presentes requerimientos para una correcta actuación. Esta debe ser idónea, necesaria y proporcionada. El principio de idoneidad para González Cuéllar (1990):

Constituye un criterio de carácter empírico inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su ade-

cuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. (p. 199)

Por el principio de necesidad, o también denominado intervención mínima, alternativa menos gravosa o de subsidiaridad, supone la necesaria utilización de otros medios menos lesivos para los derechos fundamentales, cuando ello sea posible debe estar justificada en el cumplimiento del fin estatal de hacer efectivos los derechos fundamentales, porque en la medida que se cometan delitos de especial gravedad, que afecten seriamente los derechos de las víctimas y el Estado no contase con los instrumentos para una adecuada respuesta a través de la justicia, estaría permitiendo la vulneración reiterada de los derechos fundamentales de los asociados que él está llamado a proteger.

Por último, se anota al principio de proporcionalidad, que es la argumentación donde se justifica las intervenciones e inspecciones en los derechos fundamentales, en aras de asegurar la prueba, no puede ser libre, sino que rigurosamente debe estar gobernada por premisas constitucionales, dependiendo del contexto en que se aplique el principio de proporcionalidad.

Si se quiere buscar un punto de unión entre los actos de investigación y los de prueba, este se encuentra recogido en el principio de proporcionalidad, sobre todo cuando en la realización de los mismos

se afecta, aun mínimamente, un derecho fundamental (García Borrego, 2017).

Por lo tanto, en relación con el principio de proporcionalidad, en el caso concreto para determinar si este principio ha sido respetado, se deben ponderar dos parámetros: la gravedad o trascendencia social del hecho a investigar y las molestias o invasión de los derechos del sujeto sometido a aquella.

### **Las inspecciones e intervenciones corporales en el derecho comparado**

En el análisis comparado se escogió una muestra de la legislación más contemporánea y que sigue las directrices actuales del derecho procesal penal, esta incluye países como: República Federal de Alemania, Reino de España, República de Colombia, Estado Plurinacional de Bolivia, República del Salvador, República de Ecuador, República Bolivariana de Venezuela, República de Argentina y República de Brasil.

Los aspectos que se tuvieron en cuenta para realizar el análisis comparado fueron: 1) Reconocimiento de las inspecciones e intervenciones corporales como diligencias de investigación, 2) Regulación de los procedimientos especiales para la realización de las inspecciones e intervenciones corporales, 3) Observancia de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, 4) Establecimiento de jurisdicción de garantías para la autorización de las inspecciones e intervenciones corporales.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica<sup>3</sup>, en sus preceptos 37 y 38, realiza una síntesis de las inspecciones e intervenciones corporales, así como de los requisitos para su validez<sup>4</sup>, por lo que traza pautas, a nuestro entender, para el resto de las normas procesales del área.

El Código Procesal Penal Alemán<sup>5</sup> regula en su Título II Contenido de las Diligencias de Investigación, Capítulo III Inspecciones e Intervenciones Corporales e Investigación Mediante ADN, artículo 281 regula los Registros corporales externos. En su artículo 282, se refiere al examen radiológico y en el 283 la exploración y observación de cavidades vaginal y rectal. En relación con las intervenciones corporales, el artículo 284 del mencionado código, obliga a seguir determinados protocolos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española<sup>6</sup> establece en su Título V De la comprobación del delito y averiguación del delincuente, en sus artículos 356 y 359, aspectos relacionados con las intervenciones corporales, en el primero, relacionado con las operaciones de análisis químico que exija la sustanciación de los procesos

<sup>3</sup> Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Tomado de [http://iibdp.org/images/C%C3%B3digo%20Modelo/IIDP\\_C%C3%B3digo\\_Procesal\\_Penal\\_Modelo\\_Iberoam%C3%A9rica.pdf](http://iibdp.org/images/C%C3%B3digo%20Modelo/IIDP_C%C3%B3digo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoam%C3%A9rica.pdf).

<sup>4</sup> 37. Examen mental obligatorio. 38. Investigación corporal.

<sup>5</sup> Código Procesal Penal Alemán. Tomado de: <https://www.marcialpons.es/.../codigo-penal-aleman...codigo-procesal-penal-aleman.../9788472487574/>.

<sup>6</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Tomada de: <https://confilegal.com/20171101-ley-enjuiciamiento-criminal-actualizada/>.

criminales y el segundo en relación con los requisitos del informe de los resultados.

En Colombia, el Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley 906 de 2004<sup>7</sup>, regula como actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización que las mismas implican afectación de derechos y garantías fundamentales como la inspección corporal, registro personal, la obtención de muestras que involucren al imputado y los reconocimientos y exámenes físicos de las víctimas.<sup>8</sup>

El Código Procesal de Bolivia<sup>9</sup> es claro y preciso en cuanto a estas diligencias. Refiere primeramente a las garantías constitucionales del acusado, haciendo una aplicación directa de la Ley Fundamental, de esta forma, cuando a la persona que se le va a realizar este tipo de diligencias, el código boliviano versa sobre el respeto al derecho de la dignidad humana.<sup>10</sup>

También refiere a que, en caso de requisas personales, el fiscal podrá disponer de las mismas, pero no con libre albedrío, sino cuando haya motivos suficientes para sospechar que una o más personas ocultan

entre sus pertenencias, o llevan en el interior de su cuerpo o adherido a él, objetos relacionados con el delito.

El código salvadoreño<sup>11</sup> también hace alusión al tema cuando refiere a que, ante la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico u otro vestigio que permita determinar datos como la raza o el tipo de sangre en una escena del delito, el fiscal podrá requerir la realización de exámenes de ADN para el levantamiento de perfiles genéticos, pero teniendo en cuenta como requisito la solicitud del fiscal al juez para dicha diligencia.

Se regula, además, por este cuerpo normativo, que para realizar la inspección de una persona cuando advierta que sobre su cuerpo existen elementos o indicios de prueba, tal diligencia podrá realizarse, aun en contra de la voluntad de la persona, cuando se trate del investigado y en todo caso respetando su salud y la dignidad. Si fuere necesario, el acto se practicará con auxilio de peritos.<sup>12</sup>

Con relación al Código Orgánico Integral Penal de Ecuador<sup>13</sup> regula en su artículo 4 que las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la

república y los instrumentos internacionales, de igual manera, con relación a las inspecciones e intervenciones corporales en su artículo 459, preceptúa la necesaria autorización de la persona o del juzgador para la realización de obtención de muestras, exámenes médicos o corporales.

Por su parte, Venezuela en su Código Orgánico Procesal Integral<sup>14</sup> regula en su artículo 10 *el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano*, y en relación con las diligencias de investigación que se realizan sobre el cuerpo en los artículos 192 y 195.

El Código Procesal Penal de la Nación de Argentina<sup>15</sup>, establece en su artículo 175 sobre los exámenes corporales.

El Código de Proceso Penal de Brasil<sup>16</sup> regula lo concerniente al examen corporal realizado por peritos en su artículo 158<sup>17</sup>, aunque de manera aislada y sin pormenorizar como otras legislaciones de la región.

Por todos los contenidos analizados se puede expresar que las legislaciones procesales de Europa y América en su totalidad establecen los siguientes aspectos en relación con las inspecciones e intervenciones corporales: 1) Existe un reconocimiento

expreso de las mismas, 2) Se codifican los principios generales para la realización de las diligencias mencionadas, 3) Se prevén los procedimientos especiales, 4) Existe diversidad en la nominación del conjunto de diligencias que conforman las inspecciones e intervenciones corporales y 5) Se establecen en las normas procesales autoridades para autorizar las inspecciones e intervenciones corporales como son los Tribunales de Garantías y los Ministerios Fiscales en otros.

### Inspecciones e intervenciones corporales en Cuba

#### *Antecedentes históricos y legislativos acerca de las intervenciones e inspecciones corporales en Cuba*

En relación con la investigación, se analizan solo los antecedentes más relevantes de la época colonial en Cuba, debido a que es donde se enmarca la legislación que reguló los actos correspondientes a los diversos procesos penales, entre ellos los relativos a las diligencias de investigación.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882<sup>18</sup> (LECrím en adelante), describió los procedimientos procesales en la Isla hasta 1973, la misma reflejó las diligencias de instrucción que son llevadas a cabo por una serie de instituciones que

7 Código de Procedimiento Penal colombiano. Tomado de [https://leyes.co/codigo\\_de\\_procedimiento\\_penal.htm](https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal.htm).

8 Artículo 247. Inspección corporal. Artículo 248. Registro personal. Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado. Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.

9 Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Tomado de: [www.cicad.oas.org/fortalecimiento.../codigo\\_procedimiento\\_penal.pdf](http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento.../codigo_procedimiento_penal.pdf).

10 Artículo 175. (Requisas personales). Artículo 206. (Examen médico).

11 Código Procesal Penal del Salvador. Tomado de <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/...de.../codigo-procesal-penal>.

12 Dignidad humana.

13 Código Penal Integral de Ecuador. Tomado de [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/2014/05/c%C3%B3digo\\_org%C3%A1nico\\_integral\\_penal\\_-\\_coip\\_ed.\\_sdn-mjdhc.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf).

14 Código Orgánico Procesal Integral de Venezuela. Tomado de: [https://www.unodc.org/.../codigo...procesal-penal.../CODIGO\\_ORGANICO\\_PROCESAL\\_PENAL\\_2012.pdf](https://www.unodc.org/.../codigo...procesal-penal.../CODIGO_ORGANICO_PROCESAL_PENAL_2012.pdf).

15 Código Procesal Penal de Argentina. Tomado de [www.saij.gob.ar/docsf/codigo/Codigo\\_Procesal\\_Penal\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docsf/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf).

16 Código de Proceso Penal de Brasil. Tomado de: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm).

17 Capítulo II. Do exame do corpo de delito, e das perícias em geral.

18 Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Tomada de <https://confi legal.com/20171101-ley-enjuiciamiento-criminal-actualizada/>.

representan a la administración pública. Ejemplo de ello, resulta que esta ley rituaría en su Título VIII hace una alusión al registro: *De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*. En correspondencia con ello, regula los artículos 545, 546, 552 y 579.

Este capítulo, la LECrim versa sobre aquel procedimiento a realizar en la diligencia del registro, entre los requisitos que resaltan se encuentra estar presupuestada por un previo auto judicial que ordene su ejecución, concurriendo el interesado o, en su defecto, personas designadas, además de los testigos que deben acompañar a los agentes de la policía. Por tanto, podemos observar con detalles que la LECrim ofrece pautas importantes en el tema en cuestión en su artículo 575, debido a que es un primer acercamiento al objeto de este trabajo investigativo, resulta suficiente para declarar que el legislador en su intención recogió lo relativo a la necesidad de realización de este acto, a partir de la importancia para la causa, de igual manera, lo relativo a la proporcionalidad con el hecho investigado, de ahí la repercusión penal que podría traer la negativa del inspeccionado.

Sin embargo, no se realiza una distinción específica a los momentos dentro de la investigación penal más certeros para realizar esta diligencia ni otras que de igual manera se ejecutaban, solo con el pa-

recer del juez de instrucción, como la extracción de sangre, aspectos que quedaron para una futura regulación por el sistema de salud.

Con respecto a otros elementos en torno al debate de esta investigación esta ley no hace referencia.

### **Análisis de las intervenciones e inspecciones corporales en el ordenamiento jurídico**

#### *Constitución de la república*

El punto intermedio que existe entre la constitucionalización normativa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la independencia judicial es la articulación de una disciplina constitucional exigente del proceso, en especial del proceso penal.

En este sentido, la Constitución cubana de 1976, en el orden del debido proceso, estableció las pautas valorativas de cualquier análisis en este sentido, en el cual se estipula en el artículo 10 el principio de legalidad, en el contexto de cumplir lo reglamentado para el proceso y algunas regulaciones del debido proceso desde el artículo 56 hasta el 60 de la Constitución de la República de Cuba.

Se puede declarar que el legislador se aatemperó a su época, por lo que conceptos como la dignidad humana y debido proceso<sup>19</sup>, entre otros, no quedaron reflejados

<sup>19</sup> Artículo 9. El Estado: garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos,

en el texto constitucional y, al pasar los años, se hizo necesaria una reforma que actualizara las normas constitucionales y añadiera aspectos esenciales del proceso penal que, sin duda, en cuestión de derechos humanos, son trascendentales, como lo son las intervenciones e inspecciones corporales.

Nuestra Constitución actual<sup>20</sup>, promulgada en 2019 (reforma total o parcial, criterio sobre el que no se precisará, debido a que no es centro de esta investigación), ha incluido artículos que sin duda alguna son superiores en cuanto la magnitud, la redacción y posibilidad de aplicación, por otra parte, son fruto del conocimiento popular, por lo que gozan de reconocimiento social.

Entre los que se pueden citar se encuentran los artículos 1, 10, 13 inciso d), 40, 41, 46 y 48, todos aportan elementos sobre la necesidad de respeto de la dignidad humana, la intimidad, en fin, derechos personalísimos que son irrenunciables e intransferibles.<sup>21</sup>

En torno a las garantías de estos derechos, regula en el Capítulo VI, *Garantía de los derechos* los contenidos del debido

el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad.

Artículo 41. Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes.

Artículo 63. Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley.

<sup>20</sup> Gaceta Oficial de la República de Cuba Extraordinaria No.5 del 10 de abril de 2019.

<sup>21</sup> Artículo 1, Artículo 10, Artículo 13, Artículo 40, Artículo 41, Artículo 46, Artículo 48.

proceso, de esta manera establece que toda persona, como garantía de seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso, por tanto, es claro que los derechos fundamentalísimos no pueden ser pisoteados por la Administración Pública, teniendo en cuenta que la sociedad es más dinámica que el derecho, con el tiempo surgen situaciones adelantadas a estas mismas leyes, situaciones que deben ser controladas por el Estado a través del *ius puniendi*, pero sin transgredir los derechos de otros, limitado por el principio de legalidad, en su artículo 94.

De igual manera, en su artículo 95, norma lo relativo al debido proceso penal, otorgándole orden constitucional a este particular, lo que proporciona vital importancia en relación a las inspecciones e intervenciones corporales los incisos d) e i), los que precisan que deben respetarse los derechos de los procesados y de las víctimas, fundamentalmente los de la dignidad, la integridad física, integridad psíquica e integridad moral, lógicamente son derechos que rozan con un examen vaginal, examen anal, extracción de muestras de sangre, extracción de saliva y fluidos corporales, examen psicológico, examen psiquiátrico, entre otras diligencias de investigación que se realizan en la fase preparatoria del proceso.

Por otra parte, en relación con el control de la fase de investigación, refiere que será

la Fiscalía General de la República de Cuba en su artículo 156.

En este orden, es lógico que da por sentado la norma constitucional, que todas las autorizaciones y controles de la legalidad realizados en la fase de investigación de nuestro proceso penal se realizan por dicho órgano.

En relación a la posibilidad de que las inspecciones o intervenciones corporales deben ser autorizadas por el órgano jurisdiccional, como otras legislaciones, no se establece nada al respecto, no obstante, en su artículo 99, regula otra posibilidad para en caso de que se violasen los principios y presupuestos para la realización de las inspecciones o intervenciones corporales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y se lacerase algún derecho de los procesados o víctimas, cabría la posibilidad de instar al órgano jurisdiccional por una reparación o indemnización, que, a juicio del autor, podría traer como consecuencia una declaración de nulidad de estos medios probatorios en el proceso penal en cuestión.

### **Ley de Procedimiento Penal y sus modificaciones**

En relación con el tema, la supra citada LPP, regula el dictamen pericial, los que tienen aspectos fundamentales en los artículos 200, 211, 213 y 214.

Es dable aclarar que la mayoría de las intervenciones corporales son realizadas

por peritos, por tanto, sería en forma de dictamen pericial su concurrencia como medio de prueba al proceso penal, ahora bien, nuestra ley rituarial no es precisa en torno a las inspecciones e intervenciones corporales, mucho menos lo es con las garantías del ciudadano establecidas ya a nivel constitucional, lo que pudiera estar dado, por la actualidad de las normas constitucionales y la necesidad de atemperar la norma adjetiva, dispuesta ya en el calendario legislativo de la Asamblea Nacional del Poder Popular, y su presentación queda a cargo del Tribunal Supremo Popular, con el concurso de varios actores y partícipes de los procesos penales.

Relacionado con esto, establece como forma de las inspecciones corporales el conocido registro personal, requisita o cacheo en el artículo 230: “Toda persona requerida al efecto está obligada a exhibir los objetos y documentos que tenga en su poder y que puedan tener relación con la comprobación de un hecho delictivo” (Ley de Procedimiento Penal Cubana, 1977).

Sin dudas, es un claro reajuste del artículo 575 de la LECrim y una vaga y oscura posibilidad de realización de una inspección corporal que se realizaría por agentes de la policía o instructores penales sin la autorización debida por parte de la Fiscalía como encargado de la legalidad, por supuesto, debe analizarse, además, con objetividad, la necesidad de realizar la diligencia en un momento determinado que

no se pueda esperar, lo que pudiera ser presentado posteriormente al encargado del control con el acta de inspección, regularizando de forma excepcional en los casos en los que deba realizarse de inmediato la inspección corporal.

En este sentido, se pone de relieve que no se muestran los artículos correspondientes ni se describen las intervenciones e inspecciones corporales como diligencias de investigación en momentos procesales como es la fase investigativa o de instrucción.

En relación con la praxis jurídica cubana, este tipo de diligencias sí se le realiza a sospechosos, acusados, víctimas y terceros que intervienen en el proceso penal debido a que, aunque en ocasiones se tornan invasivas e injerencistas de los derechos fundamentales, son necesarias para delimitar aspectos esenciales en delitos de violación, asesinato, pederastia con violencia, lesiones, entre otros.

Con respecto a este tema de diligencias de investigación, podemos citar al Decreto-Ley No. 389 de 2019 del Consejo de Estado, modificativo del Código Penal, Ley Contra Actos de Terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal, que ha incluido nuevos tipos de diligencias de investigación de carácter contemporáneo, no obstante, quedó pendiente la deuda en relación con las inspecciones e intervenciones corporales.

Estas diligencias de investigación “se emplean siempre que resulten idóneas o necesarias para la investigación de hechos

delictivos que por su gravedad, connotación u organización lo requieran, incluyendo operaciones cuyo origen o destino sea el exterior del país” (Ley Contra Actos de Terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal, 2019)<sup>22</sup>. Se observa, por un lado, un avance con respecto a la legalización de este tipo de diligencias que se tornan supremamente importantes en la fase investigativa procesal, pero, por otro, estas diligencias siguen realizándose sin una tutela judicial o legal efectiva, no interviene la presencia de un juez de garantías o de instrucción al dar la orden que impulse esta acción de instrucción ni la del fiscal como controlador de la investigación penal.

### **Otras normativas**

En la práctica jurídica, las metodologías de trabajo de la Fiscalía<sup>23</sup> y de Instrucción Penal<sup>24</sup> establecen claramente cada una de las diligencias de investigación a realizar y controlar en la fase preparatoria del

<sup>22</sup> Decreto-Ley No. 389 de 2019. Modificativo del Código Penal, Ley Contra Actos de Terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal. Gaceta Oficial No.27 Extraordinaria de 18 de noviembre de 2019.

Artículo 110.1. Son técnicas especiales de investigación, a los efectos de esta ley, la investigación encubierta, el colaborador eficaz, el empleo de la vigilancia electrónica o de otro tipo y las entregas vigiladas; se emplean siempre que resulten idóneas o necesarias para la investigación de hechos delictivos que por su gravedad, connotación u organización lo requieran, incluyendo operaciones cuyo origen o destino sea el exterior del país.

<sup>23</sup> Instrucción No.7 de 1999 de la Fiscalía General de la República.

<sup>24</sup> Modelos de actuación interna que se establecen ante el traslado de detenidos, traslado de mujeres víctimas, metodologías de investigación de delitos.

proceso penal, y estas hacen alusión a la variedad de inspecciones corporales, o registros corporales, cómo se señalan, y las intervenciones corporales.

De extrema importancia es la Ley No. 41 de Salud Pública<sup>25</sup> y la Resolución Ministerial 100 de 2008 del MINSAP, en relación con la “Metodología para el funcionamiento de las comisiones provinciales de peritación psiquiátrica forense en el sistema nacional de salud” (Ministerio de Salud Pública, 2008)<sup>26</sup>.

Por otra parte, en la Resolución Ministerial de Salud Pública No. 458 de 2019<sup>27</sup>, se establece la actualización de la metodología para la evaluación de la Responsabilidad Penal Médica vinculada a los procesos penales, lo que indudablemente está vinculado a la alta ocupación que tiene el personal de salud en algunas diligencias de investigación, en el dictamen pericial que realizan vinculado al esclarecimiento de hechos delictivos.

### **Pautas generales para el perfeccionamiento**

Para el estudio práctico de las inspecciones e intervenciones corporales, se revisa-

ron 184 expedientes de fase preparatoria y rollos de expedientes de fase de los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, asesinato, homicidio, homicidio en ocasión de conducir vehículos por la vía pública, robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación en las personas, en el periodo comprendido de 2014 hasta 2019; de ellos, en el 100% de las investigaciones penales, se realizaron varios tipos de inspecciones e intervenciones corporales, resaltando el registro personal, la extracción de sangre, recolección de fluidos vaginales, examen anal y vaginal y examen psiquiátrico.

De igual manera, se realizaron 37 encuestas a profesionales que ejercen en la esfera penal (instructores, médicos legistas, fiscales, abogados y jueces), el 100% considera que las inspecciones e intervenciones corporales son diligencias necesarias e importantes para esclarecer los hechos delictivos; el 76% expresa que las intervenciones corporales deben ser autorizadas por el fiscal o el Tribunal y debatidas en audiencia preliminar; el 94% razona que las inspecciones corporales pueden ser realizadas por los agentes de la policía o instructores penales atendiendo a procedimientos específicos sin autorización de ninguna otra autoridad, de igual manera, en su totalidad considera importante regular el procedimiento para las mismas en la ley rituaría.

En relación con los delitos que necesitan de la realización de las inspecciones e intervenciones corporales, resaltaron los de homicidio, asesinato, violación y pederastia con violencia en más del 92% y los de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación en las personas en un 84%; en cuanto a las diligencias en sí, en un 100% coincidieron con las observadas en la revisión de los expedientes.

Ahora bien, teniendo en cuenta los resultados de la sistematización de la doctrina y la teoría, el derecho comparado y la evaluación de la puesta en práctica en nuestro país, se tiene a bien la realización de algunas pautas que sirvan de base al perfeccionamiento de nuestro proceso penal, en especial, en la fase de investigación, a partir del respeto de las garantías del acusado y los derechos de las víctimas y terceros intervinientes en el proceso. Estas son:

Con relación a la Ley de Procedimiento Penal:

1. Conceptualizar el debido proceso, a través del reconocimiento de los derechos y garantías del causado, las víctimas y los terceros intervinientes en el proceso, de una forma explícita. Describir los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados en la investigación penal y bajo qué presupuestos.
- Derechos fundamentales: derecho a la libertad, derecho a la dignidad, a la

integridad física y psíquica, la integridad moral, la intimidad, derecho a la autonomía personal, a la imagen y al honor.

- Presupuestos: idoneidad, necesidad, proporcionalidad.
  - Principio de legalidad: dado en la existencia de todas las normas al respecto.
2. Regular en un capítulo independiente las inspecciones y las intervenciones corporales.
    - Una sección primera “Inspecciones corporales” y una sección segunda “Intervenciones corporales”.
    - Delimitar qué acciones o diligencias de instrucción son inspecciones y cuáles son intervenciones corporales, y bajo qué principios se diferencian.
  3. Designar a la autoridad competente para autorizar y realizar las inspecciones e intervenciones corporales.
    - En el caso de las inspecciones corporales, solo la aprobación de instrucción penal.
    - Para las intervenciones corporales debe constar autorización del fiscal, a partir de la solicitud justificada del instructor penal (a tenor de lo que establece la Constitución como función de la Fiscalía, la del control de la investigación, aspecto que puede ser modificado a solicitud ante el órgano jurisdiccional).
    - En caso de negativa por parte del imputado, víctima o tercero de la reali-

<sup>25</sup> Ley No. 41 de Salud Pública de 1983. Gaceta Oficial. Asamblea Nacional del Poder Popular en Sesión Ordinaria, celebrada el 13 de julio de 1983, correspondiente al Cuarto Periodo Ordinario de Sesiones de la Segunda Legislatura.

<sup>26</sup> Resolución 100 de 2008 del Ministerio de Salud Pública. Tomada de <https://salud.msp.gob.cu>.

<sup>27</sup> Resolución 458 de 2019 del Ministerio de Salud Pública. Tomada de <https://salud.msp.gob.cu>.

zación de la intervención corporal, o de existir violación de algún derecho fundamental de manera injustificada, resolver ante el órgano jurisdiccional.

4. Regular procedimiento específico y expedito para resolver cuestiones incidentales que se den en torno a la realización de las inspecciones e intervenciones corporales.

### Conclusiones

1. Las intervenciones e inspecciones corporales son aquellas diligencias de investigación que se realizan en la fase de la investigación penal, las que deben de estar valoradas por los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad para no transgredir los derechos fundamentales del ciudadano por parte de funcionarios y, a la vez, poner límites a los poderes coactivos del Estado y tratar a toda costa que la búsqueda de la verdad no se traduzca en quebrantar la legalidad.
2. Los códigos procesales de Europa y América Latina, en su mayoría, ilustran el reconocimiento legal de las intervenciones e inspecciones corporales, así como los principios, el procedimiento y pautas generales a realizar en aquellos momentos procesales donde se lleva a cabo este tipo de diligencias de investigación.
3. Existe ausencia de regulación de las intervenciones e inspecciones corporales en el sistema procesal penal cubano, fundamentalmente en la Ley de Procedimiento Penal, la que se encuentra totalmente opuesta a lo que esboza nuestra Constitución en la actualidad, lo que no impide que se realicen a ultranza en la praxis jurídica dichas diligencias, que en ocasiones tocan con el límite de la legalidad.

4. La Ley de Procedimiento Penal cubana necesita de carácter urgente una modificación en la que se reconozcan las intervenciones e inspecciones corporales como diligencias de investigación en el proceso penal, sus tipologías, así como el procedimiento y la metodología a realizarlas con el fin de velar por la calidad del debido proceso, ser más garantistas y que no se mancillen los derechos de los ciudadanos.

### Referencias

- Albiñana Olmos, L. J. (2016). Las debilidades de los procesos penales nacionales. *Las intervenciones corporales en el proceso penal*. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>
- Antillón Montealegre, W. (2012). *El proceso penal. Estudios*. Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Brito Febles, O. P. (2009). Intervenciones corporales vs Administración de justicia. *Revis-*

- ta Científica Equipo Federal del Trabajo*. <http://www.newsmatic.epol.com.ar/index.php>
- Cafferata Nores, J. I. y Arocena, G. A. (2001). *Temas de Derecho Procesal Penal (Contemporáneos)*. Editorial Mediterránea.
- Carnelutti, F. (1960). *Cuestiones sobre el proceso penal* (S. Sentis Melendo, Trad.). Librería El Foro.
- Castillero Arranz, J. V. (1998, del 4 al 6 de marzo). *Vigencia e influencia del derecho penal español en el derecho penal cubano* [conferencia]. Segundas Jornadas Internacionales de Iberoamérica C.M.H. Hernán Cortés, El 98: un punto de partida. España, Iberoamérica y Portugal. Universidad de Salamanca.
- Cerrada Moreno, M. (1 de noviembre de 2010). Las intervenciones corporales. *Noticias Jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4596-las-intervenciones-corporales/>
- Código de Procedimiento Penal colombiano. Tomado de [https://leyes.co/codigo\\_de\\_procedimiento\\_penal.htm](https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal.htm)
- Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Tomado de <http://www.wipo.int>
- Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Tomado de: [www.cicad.oas.org/fortalecimiento.../codigo\\_procedimiento\\_penal.pdf](http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento.../codigo_procedimiento_penal.pdf)
- Código de Proceso Penal de Brasil. Tomado de: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)
- Código Orgánico Procesal Integral de Venezuela. Tomado de: [https://www.unodc.org/.../codigo...procesalpenal.../CODIGO\\_ORGANICO\\_PROCESAL\\_PENAL\\_2012.pdf](https://www.unodc.org/.../codigo...procesalpenal.../CODIGO_ORGANICO_PROCESAL_PENAL_2012.pdf)

- Código Penal Integral de Ecuador. Tomado de: [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/2014/05/c%C3%B3digo\\_org%C3%A1nico\\_integral\\_penal\\_-\\_coip\\_ed.\\_sdn-mjdhc.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf)
- Código Procesal Penal Alemán. Tomado de: <https://www.marcialpons.es/.../codigo-penal-aleman...codigo-procesal-penal-aleman.../9788472487574/>
- Código Procesal Penal de Argentina. Tomado de: [www.saij.gov.ar/docsf/codigo/Codigo\\_Procesal\\_Penal\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gov.ar/docsf/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf)
- Código Procesal Penal del Salvador. Tomado de: <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indicelegislativo/...de.../codigoprocesalpenal>
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Tomado de [http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP\\_C%C3%B3digo\\_Procesal\\_Penal\\_Modelo\\_Iberoam%C3%A9rica.pdf](http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_C%C3%B3digo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoam%C3%A9rica.pdf)
- Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003, con las reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI Periodo Ordinario de sesiones de la III Legislatura, 1992, 2005.
- Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba Extraordinaria No.5 del 10 de abril de 2019.
- Constitución Española. Tomada de: <https://www.boe.es>.
- Decreto-Ley No.389 de 2019. Modificativo del Código Penal, Ley Contra Actos de Terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal. Ga-

- ceta Oficial No.27 Extraordinaria de 18 de noviembre de 2019.
- Duart Albiol, J. J. (2013). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*. [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. Archivo digital. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131291/jj-da1de1.pdf>
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (P. Andrés Ibáñez y A. Greppi Trads., 1.ª ed.) Trotta.
- Florián, E. (1934). *Elementos de derecho procesal penal*. Editorial Bosch.
- García Borrego, J. A. (2017). *Análisis de la regulación y jurisprudencia actual de las Diligencias de Investigación en el Proceso Penal y la actuación de la Policía Judicial, en particular, la intervención de las nuevas modalidades de comunicaciones personales*. [Tesis de doctorado, Universidad Católica de Murcia]. Archivo digital. <http://www.investigacion.ucam.edu>
- Gimeno Sendra, J. V. (1993) *Derecho Procesal Penal. Tomo 2*. Tirant lo Blanch.
- Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. (1986). *Derecho Procesal Penal* (10.ª ed.). Artes Gráficas y Ediciones.
- González Jiménez, A. (2014). *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. [Tesis de doctorado, Universidad de Rovira I Virgili]. Archivo digital. <http://www.tdx.cat>
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex.
- Horvitz Lennon, M. y López Masle, J. (2003) *Derecho procesal penal chileno. Principios. Sujetos procesales. Medidas cautelares. Etapa de investigación*. Editorial Jurídica de Chile.
- Huaylla Marín, J. A. (2015). *Intervenciones corporales sin el consentimiento del Imputado en el código procesal penal de 2004*. [Tesis de maestría, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio Nacional UPAO. <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2258>.
- Valdez Caldas, J. M. (2018). *Informe policial y su influencia en la formalización de la investigación preparatoria en el marco del modelo procesal acusatorio garantista en el distrito judicial de Huaura, periodo 2016-2017*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. Repositorio Institucional UNJFSC. <http://www.repositorio.unjfsc.edu.pe>
- Huertas-Martín, M. I. (1999) *El sujeto pasivo del procedimiento penal como objeto de la prueba*. Editorial Bosch.
- Instrucción No.7 de 1999 de la Fiscalía General de la República.
- Landaverde, M. (2017). Intervenciones corporales. *Revista Enfoque Jurídico*. <https://enfoquejuridico.org/category/realidades-judiciales/>
- Levenne, R. (1993). *Manual de derecho procesal penal. Tomo I*. (2.ª ed.). Editorial Depalma.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Tomada de: <https://conflegal.com/20171101-ley-enjuiciamiento-criminal-actualizada/>
- Ley de Procedimiento Penal Cubana (Actualizada) Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977. G.O. Ordinaria No.37 de fecha 26 de agosto de 1977. Actualizada en Gaceta Oficial. Febrero 2020.
- Ley No. 41 de Salud Pública de 1983. Gaceta Oficial. Asamblea Nacional del Poder Popular en Sesión Ordinaria, celebrada el 13 de julio de 1983, correspondiente al Cuarto Periodo Ordinario de Sesiones de la Segunda Legislatura.
- López Camacho, A. M. (2015). *La importancia de la inspección del lugar de los hechos en la cadena de custodia de la prueba*. <https://www.monografias.com/trabajos105/>
- Lucena Toro, O. A. (2010). Intervenciones corporales y derechos fundamentales: límites. *Revista Criterio jurídico garantista*. 2(3). <https://www.fuac.edu.co>
- Medina Batista, D. (2015). El imputado en el proceso penal: una visión desde los derechos y garantías fundamentales. *Revista Pensamiento Penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar>.
- Morales Aguilera, M. (2015). *Diligencias de investigación fiscal*. Editorial Civitas, Aranzadi.
- Morales Aguilera, M. (2015). *Diligencias de Investigación fiscal*. Editorial Aranzadi. <https://www.researchgate.net/publication/328654749>.
- Moras Mom, J. R. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- Pedraz Penalva, E. (2002). *Introducción al derecho procesal penal*. (2.ª edición). Editorial Hispamer.
- Real Academia Española. (2007). *Diccionario de la lengua española*. (22.ª ed.).
- Resolución 100 de 2008 del Ministerio de Salud Pública. Tomada de <https://salud.msp.gob.cu>.
- Resolución 458 de 2019 del Ministerio de Salud Pública. Tomada de <https://salud.msp.gob.cu>.
- Rivero García, D. (2014). *Estudios sobre el proceso penal*. Ediciones ONBC.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto S.R.L.
- Rubio Sánchez, A. (2016). El uso del Test P300 en el Proceso Penal Español: Algunos aspectos controvertidos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-04.pdf>
- Sánchez Carmona, P. P. (1997). *Actos de investigación que requieren la autorización previa del juez de control*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 207/1996. (BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997). ECLI:ES:TC:1996:207. La Sala Primera del Tribunal Constitucional. <https://hj.tribunalconstitucional.es>
- Vázquez Ganoza, C. Z. (2005). Aplicación coactiva de las medidas limitativas de derechos en el Código Procesal penal de 2004. *Actualidad Procesal Penal, Gaceta jurídica*, tomo 190.
- Vázquez Rossi, J. E. (1997). *Derecho procesal penal. Tomo II. El proceso penal*. Editorial Rubinzal-Culzoni.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0  
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)DIRCEU ISMAEL SOLÍS MENDOZA<sup>1</sup>

FECHA DE RECEPCIÓN: 03 de diciembre 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 10 de febrero 2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.7>

## UNA MUESTRA DE LA POSTURA EN LA FRONTERA DE CIUDAD JUÁREZ ANTE EL MATRIMONIO IGUALITARIO

### A Sample of the Position on the Border of Ciudad Juarez before Equal Marriage

#### Resumen

El presente trabajo tuvo la finalidad de analizar la percepción de una muestra de la sociedad en Ciudad Juárez con respecto al prejuicio hacia personas homosexuales y al matrimonio igualitario; puesto que, si bien esta postura no infiere directamente en la creación de leyes que impulsen o frenen la normatividad de estas figuras jurídicas, no debe de pasarse por alto que las personas que provienen de partidos políticos y que conforman los Congresos Federales y Estatales son los que, mediante posturas ideológicas y en ocasiones promesas de campaña, sí tienen el poder para influir en la aprobación de estas leyes. Al estudiar la postura tomada por la población, se pudo determinar cuáles son los principales argumentos en contra del matrimonio igualitario y qué políticas públicas se pueden llevar a cabo para generar un avance progresivo de la opinión de la ciudadanía, que permita seleccionar candidatos con fundamentos prohumanistas. Para esclarecer lo anterior, se realizó un análisis evolutivo del matrimonio a nivel nacional e internacional, retomando estudios de Cabrera Priego, Calvo Caravaca, Salina Hernández, entre otros; posteriormente, se realizó una investigación cuantitativa, no experimental, transversal y descriptiva, con una muestra no probabilística por conveniencia de 150 personas, a los que se les aplicó un cuestionario con 36 ítems

Palabras clave: *matrimonio igualitario, grupos disidentes, prejuicio, homosexuales*

#### Abstract:

The present work had the purpose of analyzing the perception of a sample of the society in Ciudad Juarez, regarding the prejudice towards homosexual people and equal marriage, since although this position does not directly infer the creation of laws that promote or stop the regulation of these legal figures, it should not be overlooked that the people who come from political parties and who make up the Federal and State Congresses are the that through ideological positions and sometimes campaign promises, they are the ones who have the power to influence the approval of these laws. By studying the position taken by the population, it was possible to determine what are the main arguments against equal marriage? And what public policies can be carried out to generate a progressive advance in the opinion of the citizens, which allows

<sup>1</sup> Juez de Primera Instancia del Sistema Penal Acusatorio del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua. Maestro en Derechos Humanos y Perspectiva de Género por el Instituto Estatal de Seguridad Pública de Ciudad Juárez, México. Correo electrónico: dirismsome@hotmail.com; ORCID: 0000-0001-6482-1770.

selecting candidates with prohumanist foundations? To clarify the above, an evolutionary analysis of marriage was carried out at a national and international level, taking up studies by Cabrera Priego, Calvo Caravaca, Salina Hernández among others, later a quantitative, non-experimental, cross-sectional and descriptive investigation was carried out, with a non-experimental sample, probabilistic for convenience of 150 people, to whom a questionnaire with 36 items was applied.

**Keywords:** *equal marriage, dissident groups, prejudice, homosexuals*

#### Introducción

Con la evolución de los derechos humanos en los grupos minoritarios, el matrimonio igualitario ha tomado gran relevancia en los últimos años, dado que, al reconocerse la igualdad de todas las personas ante la ley y la prohibición de la discriminación, a lo largo del mundo se han realizado diversas modificaciones en las leyes de países en Europa y en América Latina, entre ellos algunos estados de la república mexicana. Pese a lo anterior, en otros estados del país y en la federación, múltiples propuestas de reforma o leyes han sido frenadas por las posturas que miembros del Congreso tienen respecto al matrimonio igualitario.

En relación con lo anterior, no debe pasarse por alto que los miembros del Congreso son elegidos mediante la votación de los ciudadanos mexicanos, por una parte, los diputados federales son seleccionados cada tres años, mientras que los senadores federales son selectos cada seis años. Para alcanzar su objetivo, previamente se tiene que hacer un trabajo de selección interna en cada partido político que cumple con los requisitos para nombrar a un representante, quien posteriormente realiza una labor de campaña para acumular votos en su favor y todo este trabajo para seleccionar a los representantes de la ciudadanía gira en torno a las agendas políticas

UNA MUESTRA  
DE LA POSTURA EN LA FRONTERA DE CIUDAD JUÁREZ ANTE EL  
MATRIMONIO IGUALITARIO

que cada candidato tiene, basándose en propuestas y promesas de campaña que resultan atractivas para los gobernados y que se realizan con la intención de que el país progrese.

Al establecerse el proceso democrático en el país, resulta de relevancia establecer la postura de la población hacia el matrimonio igualitario, dado que entre mayor aceptación tenga en los miembros de una comunidad, mayor será la relevancia y promoción que le darán los partidos políticos en sus propuestas de campaña, dando una mayor posibilidad de que los representantes políticos progresistas se encuentren en condiciones idóneas para aprobar leyes de carácter igualitario que estén en concordancia con la normativa internacional y nacional ya existente.

El presente trabajo realizará una recopilación histórica de los diversos momentos que han permitido la evolución de los derechos humanos y de cómo las luchas de los grupos minoritarios han logrado un avance progresivo en la creación de leyes que les den el reconocimiento que tienen de sus derechos inalienables; para posteriormente enfatizar cuáles son las posturas que la sociedad tiene al respecto y qué ideologías o grupos pueden influenciar en el avance o retroceso de creación de normas, para que con este trabajo, una vez que se tengan identificadas las opiniones en contrario, se puedan crear políticas

públicas para tener una mejor aceptación respecto al matrimonio igualitario.

Como fundamento es indispensable referir que a lo largo de la historia y la evolución de la humanidad se ha llevado a cabo una lucha constante por el disfrute de aquellos derechos que les corresponden tanto a hombres y mujeres por el simple hecho de ser parte de la especie humana, atributos inalienables que hoy en día denominamos “derechos humanos”, los cuales por sus características particulares no son otorgados por los estados, sino que, por el contrario, se genera la obligación del reconocimiento y protección de los mismos mediante reglamentos, leyes, tratados internacionales y resoluciones que son de carácter obligatorio. La declaración gradual de estos derechos en la historia cultural del ser humano se ha generado de manera exponencial y masiva en periodos de gran transformación social y mediante cambios radicales de paradigmas, tal y como aconteció en 1789 con la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y renombrada en 1952 para quedar como la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (Tunnermann, 1997).

En este nuevo ambiente de cambio internacional, generado durante décadas por factores políticos, consecuencia de la segunda posguerra y el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU),

se intensificaron diversos movimientos que alcanzaron un mayor clamor social a mediados de los años sesenta, como aquellos que pugnaban por la igualdad entre personas blancas y de color, la demanda de las mujeres por ser reconocidas y tratadas en igualdad ante los hombres, así como la identificación y protección de grupos vulnerables; momento que fue aprovechado por personas con una identidad sexual diversa a los heterosexuales para elevar sus pretensiones, oponiéndose a la violencia y segregación que habían sufrido hasta ese momento, estructurando así un colectivo conformado por lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT), quienes en ese frente común se oponían a la opresión e invisibilización de la cual habían sido víctimas (Serrato Guzmán y López Sánchez, 2018).

Una vez estructurado el colectivo LGBT, se incorporaron diversos grupos segregados por su identidad y expresión de género, o por su condición biológica, a decir personas transexuales, transgénero, travesti e intersexuales (LGBTTTI), quienes en un primer momento, de manera conjunta, generaron un avance en la conciencia social y política de varios países a lo largo del mundo, entre ellos México, teniendo un retroceso a finales de los años ochenta por el surgimiento de enfermedades relacionadas directamente con la homosexualidad (Martínez Aguayo, 2009). Pese al panorama desfavorable, el movi-

miento se incrementó con un discurso de igualdad y respeto, generando que diversos países adecuaran su normativa interna para emparejarse a los instrumentos internacionales, modificando diversas figuras legal y socialmente aceptadas, pero que por sus propias definiciones o requisitos se encontraban tildadas de prejuicios, entre las cuales se puede encontrar el matrimonio (Cabrera Priego, 2016).

Al respecto de estos derechos, el matrimonio de personas del mismo sexo comenzó a legalizarse a principios del año 2001, siendo México en fecha del 4 de marzo del año 2010 la decimocuarta nación del mundo en agregarlo a su legislación, recorrido que inició con el proyecto para reformar la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal de fecha del 24 de noviembre del año 2009 (Bustillos, 2011). Como consecuencia inmediata, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal modificó el Código Civil, ampliando el matrimonio para personas homosexuales, la cual a su vez fue sometida a una revisión por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), máximo órgano jurídico del país, el cual resolvió en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 lo siguiente:

El Tribunal en Pleno determinó por mayoría de 9 votos, reconocer la validez de la reforma verificada al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que define al matrimonio como la unión

libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. En ese sentido, se estimó que es competencia del legislador ordinario, consagrada en la propia Constitución Federal, regular lo relativo a la materia civil, dentro de la cual se comprende la institución del matrimonio, sin que la Norma Fundamental lo defina ni limite la función legislativa en ese sentido. Se sostuvo que el concepto de matrimonio ha evolucionado y superado su concepción tradicional, y que, en la actualidad, se reconoce que, en el mismo, no cuenta únicamente como elemento importante el de la función reproductiva. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010)

Luego, se agregaron a la lista diversos estados que reconocieron el derecho de las personas del mismo sexo a unirse mediante el matrimonio civil, tales como Baja California, Campeche, Chiapas, Puebla, Quintana Roo, Jalisco, Colima, Morelos. Hasta hoy, cada entidad federativa posee un Código Civil en el que se establecen y registran los principales requisitos para la institución del matrimonio, siendo que en la mayoría de los 32 estados que conforman la república mexicana, la definición de matrimonio no es lo suficientemente específica para incluir parejas homosexuales. Si bien es cierto, en varios de ellos existen uniones solemnes o figuras equipara-

das, estas no son reconocidas a tal grado como lo sería el matrimonio, pese a que la SCJN dio apertura desde el año 2010 a la posibilidad de adecuar las legislaciones locales para que se encontraran en armonía con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los tratados internacionales de los que México es parte (Sánchez, 2017).

Paradójicamente, mientras que en el ámbito legal los derechos de las personas homosexuales han avanzado día a día, reconociendo y amparando los matrimonios entre personas del mismo sexo, en otros sectores a nivel mundial se han puesto barreras por ideas contrarias, tal es el caso de la Iglesia en sus diversas acepciones y grupos dedicados a la fe, al referir que dichas uniones impiden generar la procreación, aunado a que en los territorios que se ha aprobado es un claro desafío a la libertad de creencia y al correcto desarrollo de la familia, como tercer punto genera una grave afectación psicológica, física, espiritual y atenta contra los motivos de las creencias religiosas. No pasa desapercibido, que también centran sus argumentos en que las leyes van en contra de la palabra de Dios, tal y como lo establecen los libros religiosos, lo que a su vez lleva a las personas relacionadas a perder la gracia del señor (López, 2017).

Como se refirió anteriormente, entre los derechos por los cuales el colectivo LGBTTTI ha luchado se encuentra el matrimo-

nio y no debe perderse de vista que, si bien es cierto, en muchos tratados internacionales el matrimonio se plasma o se infiere como la unión entre un hombre y una mujer, quienes tienen la finalidad de formar una familia; la cual deja de lado la unión entre parejas del mismo sexo, puesto que en pocos, o en ningún documento de principios del siglo pasado, se especifica que la diferencia de sexo entre los contrayentes sea un punto a resaltar en el matrimonio, ya que la unión de dos hombres o dos mujeres era algo impensable en ese momento al ser una situación vedada o invisibilizada y que, por ende, al no tratarse de un tema de disputa social, no era necesario que el derecho se encargara de proteger y reconocer dichas uniones (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2009).

Con tal argumento y con una política proteccionista de la definición clásica de familia (padre, madre e hijos), se generó un retroceso alarmante en derechos igualitarios. En el panorama nacional, las marchas y protestas contra el reconocimiento de derechos igualitarios se intensificaron en el año 2016 y causaron que los grupos opositores se hicieran más visibles, estableciendo que estos movimientos mayormente han sido impulsados por la Iglesia católica, así como la Iglesia evangelista, creando un frente común contra países latinos que impulsaron cambios en sus normas para ampliar los derechos de la comunidad homosexual, tomando

como consigna la protección de la vida y la familia. Situación que se acrecentó en el mandato del presidente Enrique Peña Nieto, dado que impulsó un paquete de reformas ante el Congreso de la Unión para que fuera posible encontrar una concordancia entre los ordenamientos legales del país y los criterios tomados por la SCJN, bajo el entendido que diversos artículos de los Código Estatales restringían los derechos de las personas homosexuales que quisieran contraer matrimonio; siendo necesario descartar los prejuicios y malas apreciaciones sobre el matrimonio, por ejemplo, que este solo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer, con la finalidad de preservar a la familia mediante la procreación; con lo cual se trataba de evitar de esa manera la necesidad de resolver asuntos estado por estado mediante amparos ante el máximo tribunal del país, reiterando que el referido paquete, encontrando una reacción inmediata del Frente Nacional de la Familia (FNF) con apoyo de la Iglesia católica, quien llamó a votar en contra del Partido Revolucionario Institucional y de aquellos que promovían y apoyaban la ideología de género, teniendo como consecuencia que la reforma de ley presentada se archivara (López, 2017).

Ante la situación que vive la sociedad mexicana, con avances y retrocesos sobre la creación y aplicación de leyes de índole igualitario, el matrimonio es uno de los temas más polémicos en los últimos años,

principalmente al enfrentarse a legislaciones estatales que impiden la celebración de este acto jurídico, así como pensamientos disidentes de personajes individuales y colectivos de la sociedad que en su conjunto impiden la modificación de las normas que garantizan una ampliación en la protección de los derechos humanos del colectivo LGBTTTI. Al respecto, es relevante identificar los propulsores que intervienen para hacer viable la creación de normas que permitan una mayor protección a las personas y que estén en armonía con las resoluciones de la SCJN, de lo contrario no sería posible exponer las mecánicas y el curso de acción a seguir de manera clara, para superar las opiniones en contra del matrimonio igualitario. Puesto que, como ya se refirió, si no existe una concordancia entre las legislaciones estatales y federales del país que amparen y protejan este tipo de derechos, no se podrá realizar un cambio de paradigma social (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2009).

Partiendo de los temas tratados, surgió la necesidad del presente trabajo cuyo objetivo versó en analizar la percepción de la sociedad en Ciudad Juárez, Chihuahua, con respecto al prejuicio hacia personas homosexuales y su derecho al matrimonio igualitario, puntualizando si las oposiciones generadas al respecto se basaban en argumentos retrogradados tildados con prejuicios sociales y culturales.

### **Acepción del matrimonio a lo largo de la historia**

El matrimonio ha evolucionado junto con la historia de la humanidad, por lo que se ha definido de diversas maneras desde la creación del derecho romano y una acepción conyugal de este es la unión entre dos personas del sexo opuesto, hombre y mujer, quienes se unen en deberes y obligaciones constantes y que deben velar por ampararse y apoyarse mutuamente, cuyo objetivo es la procreación, crianza y educación de hijos. Los cónyuges sellan y renuevan su unión por medio de actos conyugales, actos encaminados a completar la procreación mediante la unión sexual y así generar vida, para posteriormente guiarla y educarla. La figura del matrimonio es importante por su propia estructura, reiterando que la generación y crianza de los hijos es el punto más alto e importante de dicha unión y, para lograr esto y generar un entorno idóneo para los hijos, se debe de velar y perpetuar preceptos tales como la fidelidad y la monogamia entre los contrayentes, con lo que se colocan las bases para la convivencia entre los cónyuges y, a su vez, generar un entorno idóneo donde se transmitan dichos valores a una nueva generación (Finnis, 1994).

Es importante destacar que se puede realizar una descripción desde una nueva visión, más inclusiva al describirlo como:

La unión de dos personas (sean éstas de igual o distinto sexo), quienes se comprometen a amarse románticamente y a cuidarse mutuamente, compartiendo las cargas y beneficios de la vida doméstica. Es, esencialmente, una unión de corazones y mentes, elevada por cualquier forma de intimidad sexual que ambas partes consideren como deseable. El Estado debiese reconocer y regular el matrimonio porque tiene un interés en la existencia de uniones estables y románticas y en las necesidades concretas de los cónyuges y de los niños que ellos puedan decidir criar. (Girgis, George y Anderson, 2020, p. 90)

Las definiciones previamente reseñadas dejan en claro que el matrimonio no es un concepto inmutable, sino que, por el contrario, evoluciona, aunque de una manera pausada y gradual para cubrir las necesidades existentes en ese momento respecto a los valores, estándares culturales y cánones sociales que a su vez también se manejan de una manera progresiva.

Respecto a los países europeos, los tratados internacionales, tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, encaminan la creación de una nueva definición de matrimonio, esto mediante una aclaración que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), puesto que, si bien es cierto que en las sentencias resueltas por dicho tri-

bunal se establece que no se puede obligar a los estados miembros a que generen políticas para reconocer el matrimonio igualitario, al determinar que dicha figura tiene una acepción que varía de miembro a miembro, sí establece que el artículo 9, al definir la figura en comento, no ingresa calidades como hombres y mujeres para limitar la unión solo entre personas de sexo opuesto, con dicha manifestación se resalta que los países europeos toman un punto medio o neutral respecto a las definiciones de los géneros, máxime que el Parlamento Europeo en su resolución del 8 de febrero de 1994 emitió diversas recomendaciones para que los países miembros tomen acciones encaminadas a generar una igualdad de acceso a las personas homosexuales, en vías de poner fin a las prohibiciones que impiden el acceso al matrimonio igualitario o a regímenes jurídicos similares. También emitió recomendaciones para que aquellos Estados que sí permiten dichas uniones las impulsen y cuiden, cuando existe tránsito entre estos países (Soriano Martínez, 2011).

Estas posturas han evolucionado a la par de los movimientos igualitarios, es así que el TEDH determina que las leyes que solo contemplan y permiten las uniones civiles de personas heterosexuales y no de personas con otra orientación, o aquellas legislaciones que impidan a las parejas del mismo sexo acceder a las uniones civiles, son violatorias de los artículos 14 y

8 del Convenio Europeo, tal y como pasó en los casos *Vallianatos y Otros vs. Grecia* de 2013 y *Oliari y Otros vs. Italia* en el 2015 respectivamente. No solo en Europa se han dado estos cambios, en el sistema interamericano se han generado instrumentos que tienen como principal objetivo ser una guía orientadora de los derechos básicos que deben ser respetados por cada estado miembro y que permitan aseverar que existe un estado de derecho, donde el gobierno tiene una doble obligación legal, por una parte, no generar violación alguna a los derechos de los gobernados y, por otro lado, generar los medios y vías necesarias para garantizar la protección de estos derechos; tal como lo es la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, donde se retoman temas como la protección de la identidad y la expresión de género.

Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su opinión consultiva OC-24/17, de fecha 24 de noviembre de 2017, al dar respuesta a la solicitud realizada por Costa Rica, informa que la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala la protección para la familia, pero no limita esta definición al término conservador, puesto que teleológicamente esta debe abarcar todas aquellas estructuras formadas por personas que tienen un interés afectivo y generan estructuras de relaciones estables. De igual manera, si estas estructuras

están conformadas por parejas del mismo sexo, el Estado puede tomar la opción más viable y eficaz, para garantizar los derechos humanos de dichas personas ampliando las figuras jurídicas ya existentes, sin necesidad de crear figuras nuevas que respalden los mismos derechos bajo un nombre diverso, puesto que sí el Estado parte opta por esta opción, se corre el riesgo de perpetuar una acción discriminatoria (Corte IDH, 2017).

Con lo antes referido, se establece de manera clara que el matrimonio igualitario es la unión entre dos personas, de las cuales no importa el sexo o género de los contrayentes, dado que, llevado al ámbito civil, debe establecerse que es la unión de voluntades, con la finalidad de llevar una vida en común y democráticamente decidida, encaminada a erradicar la discriminación hacia el colectivo LGBTTTIQ, para que no se vea en la necesidad de ser marginado en la sociedad y en los puntos de reunión de la misma, generando un modelo de inclusión social, familiar y generacional en México (Salinas Hernández, 2017).

Pese a que este concepto no es retomado por la SCJN en ninguna de sus resoluciones, es un término que respeta el principio de no discriminación, puesto que el mismo permite que todas las parejas que se puedan conformar en un determinado lugar y momento, se ven en las mismas condiciones para acceder a dicha figura; por otro lado, denominarlo matrimonio

gay o matrimonio para las personas LGBTTTIQ resultaría en una clara discriminación, dado que no se puede reconocer un derecho segregando y etiquetando de esta manera a las personas a las que se debería de amparar, desvirtuando esa igualdad de acceso que se busca para todas las personas (Quintana Osuna, 2017).

### **Matrimonio igualitario en México**

En México, las sociedades de convivencia fueron las primeras muestras de progreso para las uniones de personas de este o distinto sexo, en las que se generaron deberes y se confirieron derechos, de los cuales se desprende de alguna manera entre los contrayentes lazos de parentesco, las cuales fueron aprobadas en el 2006 en la Ciudad de México (anteriormente conocida como Distrito Federal). Con diverso nombre en el estado de Coahuila, se legislaron las uniones registradas bajo el Pacto Civil de Solidaridad, las que solo se limitan a tres derechos como lo son los alimentos, las sucesiones y la tutela. Por otro lado, en la figura de matrimonio establecida en la legislación mexicana, se dan mayores prerrogativas como la nacionalización y acceso a la salud en favor de uno de los cónyuges (González Pérez, 2007).

En el 2009, el anterior Distrito Federal autorizó el matrimonio igualitario, generando el surgimiento de varios actores con puntos de vista contrarios entre sí; por una parte, a las personas que desean

el reconocimiento de estos derechos inherentes y, por otro lado, los actores sociales e institucionales, con el ánimo de frenar el avance de los derechos de las personas del mismo sexo al alterar las normas que hasta ese momento estaban pensadas para los heterosexuales, lo que generó una gran sensación de pánico, moral y social, en los grupos conservadores de la capital mexicana, quienes por miedo y con un panorama de inconformidad colectiva, respondieron de manera poco positiva a las ideas del matrimonio para personas del mismo sexo, así como a la adopción y a la homoparentalidad.

Para Toro-Alfonso (2012), en el pensamiento de los grupos disgregantes colocan a los integrantes del colectivo, a las interacciones que tienen en torno a la sociedad y a la manera en cómo se comportan en un mismo punto y en un extremo dicotómico de persona a los heterosexuales, siendo que a los primeros de ellos los definieron como personas contaminadas, anormales y desviadas, y a los heterosexuales como el estereotipo perfecto de estándar social al ser personas puras, normales y naturales, ensalzando los valores de aquellos que tienen preferencia por seres humanos del sexo opuesto. Con esta forma de pensar, los grupos disgregantes llegan a la conclusión de que las personas que no son como ellos generan una amenaza, capaces de cometer atrocidades sexuales y, como eje rector que son, capaces de cometer viola-

ciones en perjuicio de los menores de edad que pudieran estar a su cargo, capaces de contagiar, como si de una enfermedad se hablara, la homosexualidad y el lesbianismo a los niños, niñas y adolescentes que en determinado caso estén a su cuidado (Toro-Alfonso, 2012).

### Posturas en contra del matrimonio igualitario

Con un tema tan controversial la sociedad se divide en cuatro posturas, por una parte, las personas que abiertamente reconocen los derechos de la comunidad LGBTTTI; las que consideran que sí es correcto el matrimonio igualitario, pero no la adopción homoparental; las que consideran que no debe denominarse matrimonio a la unión de personas del mismo sexo pese a estar de acuerdo con la unión y sus consecuencias; finalmente las que se oponen totalmente al matrimonio igualitario y al reconocimiento de todos los derechos que esto conlleva para las personas homosexuales. Estas posturas por lo regular se pueden separar en tres áreas diversas, por una parte, las que provienen de los grupos religiosos, las que tienen su origen de los actores políticos y, finalmente, puede establecerse como una tercera vertiente la que proviene de los ciudadanos, pese a que dichas oposiciones generalmente se encuentran sustentadas en las dos anteriores (Salinas Hernández, 2017).

El primer grupo en análisis serán los grupos religiosos católicos, de los cuales tienen una problemática externa, puesto que la evolución de los derechos humanos ha generado que el Estado modifique diversas legislaciones que regulan las relaciones de los gobernados mediante la secularización de figuras que social y culturalmente, que si bien no tienen su origen en las instituciones religiosas, sí proceden del orden natural del ser humano, donde establecen los grupos religiosos que solo las relaciones sexuales entre seres humanos de diverso sexo permiten la concepción de la vida y por otro lado, el predicamento interno que surge como respuesta directa a la aprobación de las leyes de índole igualitaria, al ponerse en entredicho si el Estado obliga a los grupos religiosos a que modifiquen las normas internas que tienen y acepten para referirse al matrimonio y pueden continuar con sus reglamentos. A saber, en Europa el Pontificio Consejo para la Familia de la Iglesia católica se pronunció al respecto de la resolución del Parlamento Europeo del día 16 de marzo del 2000, sobre la equiparación de la familia y las uniones de hechos; al señalar que esta resolución es una agresión en contra del matrimonio establecido entre un hombre y una mujer, al ser el núcleo natural y antropológicamente aceptado, del que se desarrolla toda sociedad, puesto que solo esta relación fundada en el amor puede dar origen a la vida (Arlettaz, 2015).

Al respecto, la finalidad de dar origen a una nueva vida no es el más importante de los objetivos del matrimonio, pero sí es de alta relevancia, dado que al realizar el coito, independientemente de que se consume el amor existente entre las parejas que son sexualmente complementarias, esta acción se encamina a la generación y crianza de niños, lo que forja a la pareja y la consolida de tal manera que la educación del fruto de esta relación se transmitirá de generación en generación, situación que no puede acontecer con una unión entre dos personas del mismo sexo, puesto que geníticamente no se complementan (Girgis, George y Anderson, 2020).

De igual manera, no hay que pasar por alto que las instituciones religiosas contemplan el matrimonio como un sacramento, por medio del cual Dios expresa su amor hacia las parejas que se unen mediante dicho vínculo, así como a la especie humana; mediante esta muestra de amor, Dios desea que se unan para generar nuevas vidas denominadas hijos, a las cuales se van a entregar, demostrando de esta manera ser discípulos diligentes de Jesús (Flores, 1995).

Esta serie de argumentos ha sido tomada desde los más altos niveles de las organizaciones religiosas, un ejemplo de esto, en la Iglesia católica, fue el realizado por el papa Francisco, quien en el año 2016 refirió estar de acuerdo con las personas que protegen a la familia y a la vida, esta-

bleciendo que apoya a los obispos que se han sumado a la sociedad para establecer su inconformidad de que se acepten los matrimonios igualitarios, aunado a que es necesario guiar a las personas en los ámbitos de la fe (Excelsior, 2016) y, a su vez, la Arquidiócesis de México tomó mayor impulso, inclusive se realizaron diversas manifestaciones en el semanario católico *Desde la fe* por los representantes en México de la Iglesia católica. En la publicación se establece que la relación sexual es una expresión de amor que se genera entre un hombre y una mujer, a los que se les denomina cónyuges y los cuales están unidos en matrimonio; inclusive se establece que las personas homosexuales como cualquier ser humano tienen desviaciones, por lo que tienen que velarse en invitar a los mismos para que se acerquen a Dios, pero esto no quiere decir que las relaciones homosexuales sean aceptadas. De igual manera, señalan que el único matrimonio que es aceptado por la Iglesia es el celebrado entre un hombre y una mujer, cuya finalidad de procrear hijos, tal y como se establece en las escrituras y así como lo enseñó Dios, aceptar lo contrario sería permitir que el humano perdiera el camino y se dejara llevar solamente por el deseo carnal, dejando todos los demás dones que tiene, máxime que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo es un pecado grave (Rivera, 2016).

Aunado a lo anterior, los miembros religiosos condenaron a los ministros de la SCJN puesto que establecieron que los mismos han superado sus límites e interferido en la ley natural, por lo que, aunque puedan modificar las leyes terrenales, no podrán escapar de los tribunales de Dios. De igual manera, motivaron a sus feligreses a poner atención en las propuestas de los partidos políticos y a sus candidatos en las elecciones, dado que no deben estar en contra de los valores que la Iglesia promulga ni en contra de la familia, la vida, la maternidad y la familia tradicional; es obligación de los que están bautizados ejercer en un voto consiente para frenar los ataques a los valores de la fe, por la sociedad política del país (La Jornada, 2010).

Es así que cabecillas de las congregaciones religiosas impulsaron que sus miembros castigaran a los partidos políticos que tuvieran una ideología de género, evitando votar por ellos, puesto que atacan los derechos naturales que promulga la religión. Esta presión en los grupos políticos fue muy notoria, ya que inclusive en el partido Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA), representada por el candidato a la presidencia Andrés Manuel López Obrador, estableció que los temas importantes para su partido son la honestidad y el combate a la corrupción, y no así el matrimonio y la adopción realizadas por personas del mismo sexo (Animal Político, 2015).

Esta coerción realizada desde la Iglesia permea a tal nivel que inclusive se ha establecido que miembros de asociaciones religiosas intervienen de manera interna en partidos políticos, tal y como se señaló en el Partido Encuentro Social (PES) fundado por el doctor en Derecho Hugo Erick Flores, partido al cual se le acusó de estar conformado por miembros de diversos cultos, de los cuales inscribieron a siete de ellos como delegados o presidentes de asambleas, lo que generó que se abrieran dos procedimientos oficiales para investigar la situación (Animal Político, 2014).

Mediante la unión de los argumentos de estos dos grupos políticos y religiosos es como se comparten al resto de la sociedad, los cuales toman como suyos dichos argumentos, a la par de que se forman grupos religiosos y de la sociedad civil como por ejemplo el Frente Nacional de la Familia (FNF), Consejo Mexicano de la Familia (ConFamilia), Unión Nacional Cristiana por la Familia, Gladium MX, Conferencia Nacional de Liderazgo Cristiano, Coalición de Grupos a Favor de la Vida y la Familia, Comisión Ciudadana de Principios Éticos, los cuales se oponen fervientemente a iniciativas que atentan contra la vida tal y como lo es la legalización del aborto o aquellas que van en contra de la familia tradicional, como lo es la aprobación del matrimonio igualitario (Notipress, 2020).

La estructura que permite influenciar o dar a conocer el tema de los matrimonios

igualitarios no se realiza en forma escalonada, partiendo de los puntos más altos de la estructura social, por el contrario, son una serie de factores organizados de manera piramidal que parte de las bases generadoras del poder. Es decir, en un estado de derecho cimentado en la base de la democracia, surge de manera relevante la opinión social que se tiene respecto a un tema en específico, puesto que dependiendo del nivel de aceptación o rechazo de la sociedad, surgen los puntos de interés de los partidos políticos que existen en el país y los cuales, dependiendo del perfil que tienen, retoman los temas de interés de la sociedad para poder elevar la cantidad de personas que votarán por ellos, con el fin de lograr los puestos políticos que desean tener.

Es de esta manera como la percepción de la sociedad es relevante para la creación de leyes, puesto que las plataformas políticas manejadas, como ya se puntualizó, dependen de las necesidades de la sociedad y de aquellos elementos que les den una mejor postura; cuando se consiguen los diferentes puestos políticos se va escalonando en el poder del Estado mexicano hasta que se logra llegar en la división tripartita del Estado en el poder legislativo, siendo el recinto estatal o federal donde se crean las normas que rigen a la sociedad y si la postura del partido es una forma tradicional que se inclina por la existencia de la familia tradicional y creencias de orden religioso, las votaciones para la aproba-

ción de una ley en favor del matrimonio igualitario serán menores o se encontrará un mayor nivel de oposición que frene dichas leyes.

Teniendo a la vista que el reconocimiento de los derechos humanos no es una cuestión de opinión pública que corresponda a las masas decidirlo y que, claramente, no debe de estar sujeto a la *vox populi*, sí son las personas las que colocan a los políticos en el poder y por tal situación es relevante saber la postura de la población para poder abordar de manera clara y precisa las oposiciones que existen, mediante políticas públicas que concienticen en la universalidad, progresividad y alcance de los derechos humanos.

### Metodología

Este trabajo de investigación fue de diseño cuantitativo, no experimental, ya que no se manipula ninguna de las variables; transversal, ya que los datos se recolectaron en un solo momento (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2010). Se realizó una investigación de tipo descriptivo para conocer los prejuicios de la sociedad con respecto a las personas homosexuales y matrimonio igualitario. Se utilizó una muestra no probabilística por conveniencia de 150 participantes, se consideró como sujetos de estudio a ciudadanos mayores de 15 años, entre ellos perso-

nas religiosas, profamilia<sup>2</sup>, miembros del colectivo LGBTTTIQ y personas heterosexuales, mismos que se localizaron en zonas con mayor tránsito, entre ellas la zona centro, 16 de Septiembre, Plutarco Elías Calles, Adolfo López Mateos y San Lorenzo. Los datos fueron recabados a través de un cuestionario, el cual fue aplicado directamente a cada uno de los participantes.

Respecto a la operacionalización de las variables, se procedió a revisar las escalas existentes en la literatura, es así que prejuicio hacia los homosexuales, se valoró a partir de instrumentos propuestos por (Rodríguez Castro, Lameiras-Fernández, Carrera Fernández y Vallejo Medina, 2013; Moral de la Rubia y Martínez Sulvarán, 2011), para matrimonio igualitario, se adaptaron las escalas de (Ordóñez, Díaz Velez y Soto Cáceres, 2019; Grigoropoulos y Panos, 2016; Moral de la Rubia y Valle de la O, 2011). Los constructos fueron valorados a través de una escala tipo *Likert* con 5 puntos de asignación de respuesta, que van desde “Totalmente en desacuerdo” hasta “Totalmente de acuerdo”. En la Tabla 1 se presenta la escala utilizada para medir cada una de las variables. En el instrumento se incluyeron 36 ítems: prejuicio hacia los homosexuales, 19; matrimonio igualitario, 17. Los datos recabados fueron

<sup>2</sup> Movimiento social conformado por personas e instituciones, de corte conservador que tienen por consigna promover y defender los tres pilares de la sociedad; siendo estos la vida, la familia y las libertades.

analizados a través de la herramienta estadística *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS) versión 22.

**Tabla 1.** Operacionalización de variables

Prejuicio hacia los homosexuales	Matrimonio igualitario
Acostumbro a asistir de manera frecuente a algún culto, adoración, misa, etc.	El matrimonio no debe ser exclusivo para los heterosexuales.
En mi familia cercana hay homosexuales.	El matrimonio entre personas del mismo sexo socava el significado de la familia tradicional.
En mi familia amplia hay homosexuales (tíos, tías, primos, primas).	Dos padres amorosos del mismo sexo pueden proporcionar la misma calidad de crianza y orientación como hombre y mujer.
En mi grupo de amigos, laboral o académico, hay homosexuales.	Un propósito principal del matrimonio es proporcionar estabilidad en una relación amorosa. Las parejas del mismo sexo deben tener este derecho legal a su disposición.
Asistiría a una fiesta si supiera que va a ir un homosexual.	El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo representa una amenaza para la sociedad porque las escuelas se verán obligadas a enseñar que la homosexualidad es normal.
Trabajaría con un homosexual.	La protección matrimonial, como la seguridad social y los beneficios de atención médica, debe estar disponible para parejas del mismo sexo.
No me molesta la idea de tener amigos homosexuales.	El matrimonio entre personas del mismo sexo fortalecerá la moral de la sociedad al apoyar la igualdad.
Los homosexuales que viven en pareja deberían tener el derecho de adoptar niños.	Apoyo a personas que no son heterosexuales que buscan derechos de matrimonio.

Continúa...

Prejuicio hacia los homosexuales	Matrimonio igualitario
Los homosexuales son capaces de tener vínculos amorosos tan estables y duraderos como las parejas heterosexuales.	Debido a que más personas tendrán los beneficios del matrimonio, la familia será fortalecida por el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo.
Las personas homosexuales tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales.	Hombres y mujeres se complementan naturalmente, por lo tanto, una unión entre dos hombres o dos mujeres no debe ser reconocida en el matrimonio.
Me incomoda si dos hombres se toman de la mano.	La legalización del matrimonio de personas del mismo sexo es un paso importante hacia la aceptación de personas que no son heterosexuales.
Pienso que se debe respetar al colectivo homosexual.	Un propósito principal del matrimonio es criar hijos, por lo tanto, solo un hombre y una mujer debería estar casados
Nunca he sentido el impulso de agredir física o psicológicamente a otra persona por ser homosexual.	El matrimonio entre personas del mismo sexo garantiza la igualdad de derechos para todas las relaciones, independientemente de la orientación sexual
Los homosexuales son capaces de ser buenos padres o madres.	La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo conducirá a cargas innecesarias, como la seguridad social y los beneficios de atención médica.
La homosexualidad no es una enfermedad psicológica.	Las personas deben tener la libertad de contraer matrimonio con otra persona, adultas del mismo sexo, porque Dios creó a todas las personas y no comete errores.
Las relaciones homosexuales no son algo sucio.	El matrimonio entre personas del mismo sexo conducirá a la decadencia moral de la sociedad.
Las personas homosexuales son iguales a las heterosexuales.	Me opongo a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Continúa...

Prejuicio hacia los homosexuales	Matrimonio igualitario
Los homosexuales pueden formar familias.	
No se debe discriminar a los homosexuales solo por el hecho de serlo.	

**Fuente:** Elaboración propia a partir de (Ordóñez, Díaz Velez y Soto Cáceres, 2019; Grigoropoulos y Panos, 2016; Moral de la Rubia y Valle de la O, 2011).

### Resultados y discusión

Los datos sociodemográficos de los participantes se presentan en la Tabla 2, de la cual se desprende que de los 150 sujetos de estudio, el 52.7% de los encuestados son hombres; de igual manera, el 38% son personas entre 15 a 25 años; de la muestra el 55.3%, es decir, 83 encuestados, son solteros; de la misma forma se estableció que 127 de los 150 encuestados son heterosexuales; finalmente, se puntualiza que el 38.7% tiene nivel de estudios máximo de preparatoria en contraste con el 15.3% que tiene la primaria como mayor grado de estudios. Por último, cabe destacar que el 81.3% son originarios del norte del país

**Tabla 2.** Perfil de sujetos de estudio

Categoría	Número de personas n= 150	%	Categoría	Número de personas n= 150	%
Genero			Estado civil		
Hombre	79	52.7	Soltero	83	55.3
Mujer	71	47.3	Casado	67	44.7
Edad			Orientación Sexual		
De 15 a 25 años	57	38.0	Homosexual	16	10.7
De 26 a 36 años	37	24.7	Heterosexual	127	84.7
De 37 a 47 años	28	18.7	Bisexual	7	4.0
Más de 48 años	28	18.7	Nivel de estudios		
Origen del país			Primaria	23	15.3
Norte del país	122	81.3	Secundaria	40	26.7
Centro del país	18	9	Preparatoria	58	38.7
Sur del país	9	6.0	Universidad	28	18.7

**Fuente:** Elaboración propia con base en el programa SPSS.

Ahora bien, respecto al estadístico descriptivo de los prejuicios a los homosexuales (ver Tabla 3) se puede señalar que el valor mínimo de respuesta de los encuestados corresponde a 1 y 5 como el puntaje máximo, con un valor de la media de 2.500. Establecido lo anterior, se puede señalar que más de la mitad de los participantes no cuentan con un familiar homosexual en su familia nuclear, como se refleja con el ítem (2), es decir que tiene un valor por debajo de la media de 2.173, pese a esta situación la mayoría de los encuestados acudirían a una fiesta si va una persona homosexual o trabajarían con una de ellas, como lo señalan los ítems (5) con un valor de 4.167 y (6) con un valor de 4.100 respectivamente con un valor por arriba de la media.

De igual manera, es importante señalar que pese a que varios de los participantes acuden de manera frecuente a lugares religiosos, al establecerle un valor de 3.033 por arriba de la media en el ítem (1) hay una mayor aceptación respecto a los derechos de las personas homosexuales en igualdad de los heterosexuales, con un valor sobre la media de 4.213 conforme al ítem (10), además de reconocerse la capacidad de que se formen vínculos estables y duraderos entre los homosexuales ítem (9) con un valor de 3.827 sobre la media.

Alejándose gradualmente de ideas arraigadas, dado que hay más participantes que consideran que los homosexuales son capaces de ser buenas madres o padres, tal como lo establece el ítem (14) con un valor de 3.800; los cuales pueden formar

**Tabla 3.** Estadístico descriptivo prejuicio hacia personas homosexuales n= 150

Ítem	Mínimo	Máximo	Media	Desviación estándar
Acostumbro a asistir de manera frecuente a algún culto, adoración, misa, etc.	1.0	5.0	3.033	1.5475
En mi familia cercana hay homosexuales.	1.0	5.0	2.173	1.4225
En mi familia amplia hay homosexuales (tíos, tías, primos, primas).	1.0	5.0	2.960	1.5923
En mi grupo de amigos, laboral o académico, hay homosexuales.	1.0	5.0	3.527	1.4732
Asistiría a una fiesta si supiera que va a ir un homosexual.	1.0	5.0	4.167	.9653
Trabajaría con un homosexual.	1.0	5.0	4.100	1.1097
No me molesta la idea de tener amigos homosexuales.	1.0	5.0	4.213	1.0271
Los homosexuales que viven en pareja deberían tener el derecho de adoptar niños.	1.0	5.0	3.147	1.5034
Los homosexuales son capaces de tener vínculos amorosos tan estables y duraderos como las parejas heterosexuales.	1.0	5.0	3.827	1.2192
Las personas homosexuales tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales.	1.0	5.0	4.213	.9018
Me incomoda si dos hombres se toman de la mano.	1.0	5.0	2.353	1.3861
Pienso que se debe respetar al colectivo homosexual.	1.0	5.0	4.113	1.0333
Nunca he sentido el impulso de agredir física o psicológicamente a otra persona por ser homosexual.	1.0	5.0	3.373	1.7438
Los homosexuales son capaces de ser buenos padres o madres.	1.0	5.0	3.800	1.1758
La homosexualidad no es una enfermedad psicológica.	1.0	5.0	3.793	1.3917
Las relaciones homosexuales no son algo sucio.	1.0	5.0	3.580	1.5469
Las personas homosexuales son iguales a las heterosexuales.	1.0	5.0	3.933	1.3594
Los homosexuales pueden formar familias.	1.0	5.0	3.680	1.3427
No se debe discriminar a los homosexuales solo por el hecho de serlo.	1.0	5.0	4.233	1.0645

**Fuente:** Elaboración propia con base en el programa SPSS.

familias según el ítem (18) con un valor de 3.680; merecedores de respeto ítem (12) con un valor de 4.113 y a las cuales no se les debe de discriminar por el solo hecho de ser homosexuales conforme al ítem (19) con un valor arriba de la media de 4.233. Pese a lo establecido, en un tópico más específico como la adopción para parejas homosexuales, si bien no se detona una

negativa total respecto al tema referido, la aceptación por parte de los participantes no es tan elevada como en otros temas, al señalarse un valor de 3.147 por arriba de la media en el ítem (8).

Respecto al estadístico descriptivo de los matrimonios igualitarios (ver Tabla 4), se puede establecer que el valor mínimo de respuesta de los encuestados corresponde

a 1 y el máximo a 5, con una media de 2.500, utilizando el mismo programa; y de las respuestas recabadas se desprende como dato relevante que en el ítem (22), con un valor por arriba de la media de 3.447, los participantes consideran que dos personas del mismo sexo pueden proporcionar la misma calidad y confianza que una pareja de diverso sexo y, en concordancia con esta premisa, los encuestados manifiestan que tienen derecho a acceder a una figura que les dé una estabilidad a su relación amorosa, siendo un propósito del matrimonio, tal y como señala el ítem (23), con un valor por arriba de la media de 3.507. Esta información se ve robustecida con una alza sobre la media en los ítems (25), con un valor de 3.960 y en él (26), con un valor de 3.440; los participantes reflejan respectivamente en cada ítem una mayor conformidad para que las personas homosexuales accedan a seguridad social y atención médica, de igual manera, se establece que el matrimonio igualitario mejorará la moral de la sociedad al promover la igualdad; finalmente, hay un tendencia en apoyar a personas no heterosexuales a buscar el derecho al matrimonio, como se señala en el ítem (27) con un valor de 3.600.

En congruencia a lo señalado, la legalización del matrimonio igualitario es un paso importante para la aceptación de personas que no son heterosexuales, como lo señala el ítem (30), con un valor de 3.660 por arriba de la media; de igual manera

el ítem (32) con un valor de 3.507 sobre la media, los participantes consideran que el matrimonio igualitario garantizará la igualdad de derechos en todas las parejas, sin importar la orientación sexual.

En diversos ítems, pese a que deben interpretarse *a contrario sensu*, los resultados son menos progresistas, por ejemplo, el ítem (21) con un valor de 2.987, es decir, un .487 por arriba de la media, se señala que el matrimonio igualitario no le quitará fuerza moral a la institución de la familia, sin embargo, solo el 23.3% de los encuestados están totalmente de acuerdo a diferencia del restante 77.7%; diverso ejemplo se encuentra en el ítem (24) con un valor de 2.567, el cual señala que el matrimonio igualitario generaría que se enseñará con normalidad la homosexualidad en las escuelas, atacando, a su vez, a la sociedad, del cual solo el 36% está totalmente en desacuerdo con dichas suposiciones. En el mismo orden de ideas, se señala que el hombre y la mujer se complementan naturalmente a diferencia de la parejas homosexuales, por lo que no debería permitirse, lo anterior mediante el ítem (29) con un valor de 2.473, en el cual hay una tendencia que va de la indiferencia a la aceptación a dicha premisa de un 47.9%; finalmente el ítem (31) señala que la crianza de los hijos es uno de los propósitos principales del matrimonio, lo que de manera preliminar generaría una clara contradicción entre los primeros ítems señalados.

**Tabla 4.** Estadístico Descriptivo matrimonio igualitario n= 150

Ítem	Mínimo	Máximo	Media	Desviación estándar
El matrimonio no debe ser exclusivo para los heterosexuales.	1.0	5.0	3.420	1.6396
El matrimonio entre personas del mismo sexo socava el significado de la familia tradicional.	1.0	5.0	2.987	1.4423
Dos padres amorosos del mismo sexo pueden proporcionar la misma calidad de crianza y orientación como hombre y mujer.	1.0	5.0	3.447	1.4168
Un propósito principal del matrimonio es proporcionar estabilidad en una relación amorosa. Las parejas del mismo sexo deben tener este derecho legal a su disposición.	1.0	5.0	3.507	1.3939
El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo representa una amenaza para la sociedad porque las escuelas se verán obligadas a enseñar que la homosexualidad es normal.	1.0	5.0	2.567	1.5124
La protección matrimonial, como la seguridad social y los beneficios de atención médica, debe estar disponible para parejas del mismo sexo.	1.0	5.0	3.960	1.0984
El matrimonio entre personas del mismo sexo fortalecerá la moral de la sociedad al apoyar la igualdad.	1.0	5.0	3.440	1.3732
Apoyo a personas que no son heterosexuales que buscan derechos de matrimonio.	1.0	5.0	3.600	1.3108
Debido a que más personas tendrán los beneficios del matrimonio, la familia será fortalecida por el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo.	1.0	5.0	3.513	1.3448
Hombres y mujeres se complementan naturalmente, por lo tanto, una unión entre dos hombres o dos mujeres no deben ser reconocidas en el matrimonio.	1.0	5.0	2.473	1.4778
La legalización del matrimonio de personas del mismo sexo es un paso importante hacia la aceptación de personas que no son heterosexuales.	1.0	5.0	3.660	1.2944
Un propósito principal del matrimonio es criar hijos, por lo tanto, solo un hombre y una mujer debería estar casados.	1.0	5.0	2.387	1.4367
El matrimonio entre personas del mismo sexo garantiza la igualdad de derechos para todas las relaciones, independientemente de la orientación sexual.	1.0	5.0	3.507	1.3248
La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo conducirá a cargas innecesarias, como la seguridad social y los beneficios de atención médica.	1.0	5.0	2.307	1.2037
Las personas deben tener la libertad de contraer matrimonio con otra persona, adultas del mismo sexo porque Dios creó a todas las personas y no comete errores.	1.0	5.0	3.027	1.4092
El matrimonio entre personas del mismo sexo conducirá a la decadencia moral de la sociedad.	1.0	5.0	2.453	1.4264
Me opongo a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo.	1.0	5.0	2.120	1.4280

**Fuente:** Elaboración propia con base en el programa SPSS.

## Conclusión

A lo largo de cinco décadas, el derecho como constructo social ha evolucionado para abarcar a la sociedad en la actualidad, también es cierto que está clara oposición de las coaliciones civiles, religiosas y políticas han impedido el avance sistemático de leyes que otorguen el reconocimiento de instituciones como el matrimonio para cualquier persona; un claro ejemplo es el acontecido en la Ciudad de México, puesto que mientras la asamblea de dicha entidad aprobó una modificación al Código Civil para quitar la limitante de “unión entre hombre y mujer” para quedar como la “unión de personas” en el año 2009; fue en el año 2016, ante la presentación de la propuesta de reforma constitucional del presidente Enrique Peña Nieto, que la clara oposición de grupos profamilia y provida, generaron una presión político-social que tuvo como respuesta la falta de apoyo y, a su vez, el abandono de dichas propuestas. A la fecha un largo camino se ha recorrido, entre leyes y reformas que han reconocido el matrimonio igualitario en varios estados del país, pero en otros, inclusive en votaciones del año 2020, los grupos de puntos constitucionales han impedido por abstención o votos en contra las modificaciones a los códigos familiares de sus respectivos estados, siendo el caso, entre otros, el de Baja California, Zacatecas y Sonora.

Mediante el presente estudio se puntualizan los principales tópicos utilizados por los grupos opositores (religiosos, políticos y miembros de la sociedad profamilia) para establecer si las consignas que refieren como un clamor social son representativas para la sociedad juarense y si estas infringen algún tipo de presión política. De los resultados obtenidos mediante los instrumentos, se determinó una baja en temas de discriminación respecto a diversos estudios, mientras que la aceptación a grupos homosexuales que tiene igualdad de derechos que los heterosexuales subió, puesto que inclusive 72 de los entrevistados que, se traducen en el 48.0%, sí convivirían con homosexuales, mientras que solo el 2.0%, es decir, 3 personas, no lo harían, aunado a que 74 personas sí trabajarían con personas homosexuales y solo 6 no lo harían, es decir, 49.3% contra el 4.0% respectivamente.

No solo se percibe una serie de prejuicios disminuidos, sino que son significativamente menores en comparación con los que sí están conformes al reconocimiento de derechos, por ejemplo, solo 4 encuestados de los 150 consideran que los homosexuales no tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales, es decir, del 100% de los entrevistados solo el 2.7% presentan una reticencia tan marcada; aunado a esto, el 52% de los participantes refirieron que no se incomodan al ver a dos hombres tomados de las manos. Esta

disminución de la reticencia de la población a los temas de igualdad y equidad de derechos se puede asociar a la visualización de los derechos humanos, puesto que, de manera constante a lo largo de las últimas décadas, son temas que captan la atención social, a tal grado que ya existe un sistema de inclusión y respeto al colectivo LGBTTTIQ, tal y como lo señala el ítem (12) con una respuesta favorable del 69%. La tendencia anteriormente descrita, señala que hay una correspondencia en la disminución de prejuicios y el aumento de las relaciones sociales que los participantes tienen con personas homosexuales, puesto que se sensibiliza al tener una interacción mayor.

Ahora bien, no debe confundirse este aumento de conformidad con una aceptación total de la muestra respecto de los derechos que les corresponden a las personas homosexuales. Como punto de partida se clarifica que, si bien es cierto muchos de los tópicos van al alza, aún existe un elevado nivel de indecisión y de indiferencia para reconocer que las personas homosexuales tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales; tales como poder adoptar, poder formar familias no tradicionales y máxime que estas familias puedan socavar la concepción tradicional de estas figuras jurídicas. De todos y cada uno de dichos ejemplos, se desprende una ventana de oportunidad, tanto para las personas que están en favor, como aque-

llas que están en contra del matrimonio igualitario, dado que, mediante la realización de marchas, protestas, manifestaciones, ese gran porcentaje de personas que no se encuentran en los extremos de los valores de la escala podrían tomar, modificar o reafirmar sus posturas respecto a esté tan debatido tema, causando un mayor impacto en las esferas políticas encargadas de la creación de leyes; pero también es una oportunidad clara para el gobierno de impartir información de carácter nacional e internacional donde se establezca el concepto de derechos humanos y los alcances que estos tienen, lo que influye positivamente en la disminución de los prejuicios sociales y genera una mayor apertura para la igualdad.

No se deja de lado que para la religión el matrimonio es una institución inalterable, con la cual se logra un acercamiento a Dios y cuya finalidad es la procreación y perpetuación de la especie humana que solo se logra entre un hombre y una mujer, por lo menos en las religiones tocadas en el presente trabajo. La religión forma parte de la sociedad y las enseñanzas eclesíásticas fijan el punto de anclaje para muchos miembros de la sociedad, estableciendo definiciones ancestrales que no han mutado a lo largo del tiempo y que se arraigan generación tras generación, por lo que separar las creencias religiosas de las normas legales que rigen a la sociedad y reconocen los derechos humanos re-

quiere de un trabajo constante, progresivo y con una estructura que permita separar ambos sectores. No se plantea la desmotivación de las prácticas religiosas, solo se señala que es una ventana para trabajar en la población.

Finalmente, el presente trabajo abre una puerta de oportunidad y de relevancia para analizar la forma en la cual los partidos políticos seleccionan a sus representantes para competir en campañas electorales y para establecer las propuestas de campaña que cada uno tiene; cómo se refirió la opinión de la sociedad en temas relacionados con derechos humanos impulsa o frena los objetivos políticos y a mayor aceptación, mayor apertura política, contrario a lo que pasa en la actualidad con diversos actores políticos quienes tienen una postura religiosa marcada, a tal grado que en el PES (el cual existe aún como partido político estatal) diversos miembros realizan una intervención en las comunidades religiosas y no solo se limitan a su círculo cercano, sino que también mediante sus intervenciones extiende su mensaje político al resto de sus compañeros. Y lo que, aunado a un reclamo social como medio de coerción, sí impacta e influye en las votaciones de los legisladores, tal y como aconteció en las reformas constitucionales propuestas por el presidente Peña Nieto en el 2016. Establecer políticas públicas generadas por el gobierno, que sean correctamente estructuradas y

aplicadas podría cambiar los paradigmas sociales y religiosos que impactan en la sociedad, siendo el presente trabajo una referencia para futuras investigaciones que profundicen en el tema.

### Referencias

- Arlettaz, F. (2015). *Matrimonio homosexual y sexularización* (1.ª ed.). (P. Salazar Ugarte y P. Capdevielle, Eds.). Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.
- Bemheim, C. T. (1997). *Los derechos humanos: evolución histórica y reto educativo* (2.ª ed.). UNESCO.
- Bustillos, J. (2011). Derechos humanos y protección constitucional: Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(132), 1017-1045.
- Cabrera Priego, P. (2016). Evolución legal de los matrimonios homosexuales en México. (M. R. Falcón, ed.) *Revista Electrónica Ecos Sociales*, 173-182. <http://revistas.ujat.mx/index.php/ecosoc/article/view/1247>
- Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J. (2009). Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo. *Anales del Derecho*, 23, 11-70. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56411>
- Casquete, J. (2005). Manifestación e identidad colectiva. *Revista Internacional de Sociología*. (CSIC, ed.). 63, 103-125. doi:<https://doi.org/10.3989/ris.2005.i42.198>

- Chavez, V. (19 de mayo de 2016). Encuentro Social rechaza PES matrimonios gays. *El Financiero*. <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/encuentro-social-rechaza-pes-matrimonios-gays>
- Congreso de la Unión. (2016). *Comisión vota en contra dictamen que proponía matrimonio igualitario*. Cámara de Diputados, Comunicación Social. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2016/Noviembre/09/2517-Comision-vota-en-contra-dictamen-que-proponia-matrimonio-igualitario>
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017). [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm)
- El papa respalda oposición a los matrimonios igualitarios en México (25 de septiembre de 2016). *Excelsior*. <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/09/25/1118915#view-1>
- Finnis, J. M. (1994). Derecho, moral y orientación sexual. *Notre Dame Law Review*, 69(5), 583-620. [https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14112/1/PD\\_41-2\\_25.pdf](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14112/1/PD_41-2_25.pdf)
- Flores, G. (1995). *Matrimonio y Familia*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Gimero, B., y Barrientos, V. (2009). La institución del matrimonio después del matrimonio homosexual. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 13(35), 19-30. doi:10.17141/iconos.35.2009.379
- Girgis, S., George, R. P., y Anderson, R. T. (2020). ¿Qué es el matrimonio? *Ius Humani*,

- Revista de Derecho*, 9, 87-137. doi:<https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.226>
- Gomez-Lugo, F. y Madrigal-Borloz, V. (2018). *El 2016: un año marcado por significativos avances, violencia y actores anti-derechos*. ILGA. [https://ilga.org/es/America-situacion-C3%B3n-personas-lesbianas-gay-bisexuales-2016-ILGA\\_homofobia-estado](https://ilga.org/es/America-situacion-C3%B3n-personas-lesbianas-gay-bisexuales-2016-ILGA_homofobia-estado)
- González Pérez, M. (2007). La representación social de las familias diversas: Ley de Sociedades de Convivencia. *El Cotidiano*, 22(146), 21-31. doi:ISSN: 0186-1840
- Grigoropoulos, I., y Panos, K. (2016). Reliability and Validity of the Greek Translation of. *Journal of GLBT Family Studies*, 1-12. doi:10.1080/1550428X.2015.1080133
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, P. (2010). Metodología de la Investigación. En R. Hernández Sampieri, C. Fernández Collado, P. Baptista Lucio, & J. M. Chacón (Ed.), *Metodología de la Investigación* (5.ª ed., pp. 5-19). McGraw-Hill. [https://www.esup.edu.pe/descargas/dep\\_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigacion%20de%20Edici%C3%B3n.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigacion%20de%20Edici%C3%B3n.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (17 de Septiembre de 2020). *Chihuahua* [indicador sociodemográfico] <https://www.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/?ag=08>
- Llama la Iglesia a castigar en las urnas a partidos que "atentan" contra la fe (17 de agosto de 2010). *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2010/08/17/politica/004n1pol>
- Lopez, J. A. (2017). Movilización y contramovilización frente a los derechos LGBTI. Res-

- puestas conservadoras al reconocimiento de los derechos humanos. *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, XXXVI(106), 161-187. doi:10.24201/ES.2018V36N106.1576
- Lo que va de la lucha LGBT+ durante el 2020 en México (2 de octubre de 2020). *Notipress*. <https://notipress.mx/actualidad/lo-que-va-de-la-lucha-lgbt-en-2020-3041>
- Martínez Aguayo, M. A. (2009). *Investigación historiográfica sobre la lucha a favor de la no discriminación, la inclusión social y el reconocimiento y aceptación de la pluralidad*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. [http://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/E07-2009\[1\]r.pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E07-2009[1]r.pdf)
- Martínez, S. (01 de agosto de 2016). El año, según el cardenal Norberto Rivera. *Sinembargo*. <https://www.sinembargo.mx/01-08-2016/3074174>
- Moral de la Rubia, J., y Martínez Sulvarán, J. (2011). Escala de actitud hacia la homosexualidad: propiedades psicométricas y aspectos diferenciales por sexo. *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades SOCIO-TAM*, XXI(1), 105-124. doi:ISSN: 1405-3543
- Moral de la Rubia, J., y Valle de la O, A. (2011). Escala de actitudes hacia lesbianas y hombres homosexuales (ATLG). *Nova Scientia*, 4(7), 153-171. doi:E-ISSN: 2007-0705
- Ordóñez, J. A., Díaz Velez, C., y Soto Cáceres, V. (2019). Adaptación de una escala para medir actitud hacia el matrimonio y unión civil gay en población de Chiclayo, Perú. *Revista del Cuerpo Médico del HNAAA*, 9(3), 189-191. doi:<http://cmhnaaa.org.pe/ojs/index.php/rmhnaaa/article/view/117>
- Para López Obrador, legalizar el aborto y el matrimonio gay no es algo "tan importante". (12 de junio de 2015). *Animal Politico*. <https://www.animalpolitico.com/2015/06/para-lopez-obrador-legalizar-el-aborto-y-el-matrimonio-gay-no-es-algo-tan-importante/>
- Quintana Osuna, K. (2017). La evolución jurídica del matrimonio igualitario en México, Su impacto en el reconocimiento de derechos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales SCJN*, 21-54.
- Ramon Mendos, L. (2019). *Homofobia del Estado*. (J. F. Marreque, Ed.). ILGA. [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_World\\_Homofobia\\_de\\_Estado\\_Actualizacion\\_Panorama\\_global\\_Legislacion\\_diciembre\\_2019.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2019.pdf)
- Rivera, A. (01 de agosto de 2016). Matrimonio gay daña espíritu. *EL Universal*. <https://www.elmundo.es/sociedad/2016/09/13/57d7d889268e3ed5128b4584.html>
- Rodríguez Castro, Y., Lameiras-Fernández, M., Carrera Fernández, V., y Vallejo Medina, V. (2013). Validación de la Escala de Homofobia Moderna en una muestra de adolescentes. *Anales de Psicología*, 29(2), 523-533.
- Salinas Hernández, H. (2017). Matrimonio igualitario en México: la pugna por el Estado laico y la igualdad de derechos. *El Cotidiano*, 95-104.
- Sánchez, J. A. (2017). El matrimonio igualitario en México: una aproximación contextual

- desde las prácticas sociopolíticas hacia las iniciativas de ley. *Ciudades, Estados y Política*, 4(3), 87-101. doi:<http://dx.doi.org/10.15446/cep>
- Serrato Guzmán, A. N., y López Sánchez, E. (2018). Del coming out a los derechos humanos en las demandas de las organizaciones de la sociedad civil del movimiento LGBT: estrategias discursivas de refugio. *15*, 119-114. doi:10.29092/uacm.v15i37.633
- Siscar, M. (15 de julio de 2014). Partido Encuentro Social, a favor de las familias tradicionales y contra el aborto. *Animal Politico*. <https://www.animalpolitico.com/2014/07/partido-encuentro-social-favor-de-las-familias-tradicionales-y-contra-el-aborto/>
- Soriano Martínez, E. (2011). EL matrimonio homosexual en Europa. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 204-216. doi: ISSN: 2070-8157
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Diciembre de 2010). *Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?pid=22553&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=161268>
- Toro-Alfonso, J. (2012). El estado actual de la investigación sobre la discriminación sexual. *Terapia Psicológica*, 30(2), 71-76. doi:10.4067/S0718
- Torres Falcon, M. (2009). Sexualidades minoritarias y derechos humanos. El caso de las sociedades de convivencia en el Distrito Federal. *Revista Sociológica*, 24(69), 157-182.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones estables Tomo II* (2.ª ed., Vol. 2 ). Gaceta Jurídica S.A. <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/5231>



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0  
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

CLAUDIA LIZBETH MIRAMONTES RUIZ<sup>1</sup>

FECHA DE RECEPCIÓN: 11 de diciembre 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20 de febrero 2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2021.2.8>

## LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LOS OPERADORES DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN CIUDAD JUÁREZ, CHIHUAHUA

The gender perspective and the operators of the justice administration and enforcement system in Ciudad Juarez, Chihuahua

### Resumen:

La presente investigación tuvo como objeto analizar si los operadores del sistema de impartición y procuración de justicia en Ciudad Juárez, Chihuahua, en cumplimiento a la sentencia del “Campo Algodonero” emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2009, están verdaderamente preparados para atender con perspectiva de género los casos de mujeres transgénero. Este trabajo fue de tipo no experimental, transversal, descriptivo y de carácter cualitativo. Para ello se realizaron 32 entrevistas en las cuales los voluntarios fueron agentes del Ministerio Público, agentes de la Agencia Estatal de Investigación, agentes de la Comisión Estatal de Seguridad de la Fiscalía General del Estado y agentes Municipales de la Secretaría de Seguridad Pública. Pese a que se trata de información expuesta, el resultado fue que la mayoría de los participantes conoce el significado de juzgar con perspectiva de género y están conscientes de la histórica violencia en contra de la mujer en la ciudad, pero ello no supone que apliquen efectivamente dichos criterios en su área laboral y personal, pues algunos manifestaron no estar de acuerdo con la clasificación que hace el legislador de los delitos de género, limitándose a actuar conforme a lo que sugiere la costumbre.

**Palabras clave:** Perspectiva de género, instituciones, servidores públicos, seguridad pública, justicia.

### Abstract:

The purpose of this investigation was to analyze whether the operators of the justice system in Ciudad Juárez, Chihuahua, in compliance with the Cotton Field Judgment issued by the Inter-American Court of Human Rights in 2009, are truly prepared to attend with a gender perspective the cases of transgender women. This work was non-experimental, transversal, descriptive and qualitative in nature. For this, 32 interviews were carried out in which the volunteers were agents of the Public Ministry, agents of the State Investigation Agency, agents of the State Security Commission of the Attorney General's Office and municipal agents of the Secretary of Public Security. Despite the fact that this information is exposed, the result was that most

<sup>1</sup> Maestra en Gestión de Sistemas de Seguridad Pública por el Instituto Estatal de Seguridad Pública de Ciudad Juárez (México). Agente del Ministerio Público adscrita a la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género. Correo electrónico: c.miramontesr@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-5155-296X>

# “LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LOS OPERADORES DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN CIUDAD JUÁREZ, CHIHUAHUA”

of the participants know the meaning of judging with a gender perspective and are aware of the historical violence against women in the city, but this does not mean that they effectively apply these criteria in their work and personal area, as some stated that they did not agree with the legislator's classification of gender crimes, limiting themselves to acting according to what custom suggests.

**Keywords:** Gender perspective, institutions, public servants, public safety, justice.

### Introducción

El Estado mexicano fue condenando en el año 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La demanda se originó por la desaparición de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes posteriormente fueron localizadas sin vida en el área denominada como Campo Algodonero en Ciudad Juárez, Chihuahua en el año 2001. La responsabilidad internacional del Estado mexicano recae, a grandes rasgos, en la falta de medidas de protección a las víctimas, la ausencia de respuesta por parte de las autoridades y el incumplimiento de la debida diligencia en la investigación; además de la negativa de justicia e indemnizaciones dignas a los familiares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009). En consecuencia, la sentencia señala que en las investigaciones donde la víctima es una mujer se deberá tratar siempre con perspectiva de género, lo cual exige una constante capacitación de los servidores públicos encargados de la procuración de justicia.

La Fiscalía Especializada en Atención de Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género en el Estado (2012) actualmente se encarga de investigar de manera especializada los delitos cometidos contra mujeres por el solo hecho de ser mujer. Entonces, si esta Fiscalía se encarga

únicamente de los delitos contra la mujer, podemos deducir que solamente atiende mujeres, mientras que las Fiscalías de Distrito atienden los demás casos, donde no se presentan cuestiones de género. Pero ¿qué sucede cuando la víctima es una mujer transgénero y el origen del delito es precisamente esta condición? “Objetivamente, el género está constituido por los aspectos psicosociales y las pautas culturales que una determinada sociedad atribuye como propias para cada sexo en un determinado momento histórico” (Alcaraz & Alcaraz, 2008, p. 8); mientras que “transgénero” es un término especial, ya que alude a las personas cuyo sexo de nacimiento no coincide con las expectativas de género previamente asignadas por la sociedad (Scott, Cayleff, Donadey, & Lara, 2017).

No solo se trata de analizar cuál de estas fiscalías llevará la investigación, sino también los preceptos legales en los que se encuadra la acción delictiva. En nuestro estado a “quien prive de la vida a una mujer por una razón de género [...] se le impondrá de cuarenta a sesenta años de prisión [...] y la reparación integral del daño” (Código Penal del Estado de Chihuahua, 2006, art. 126 bis.). Este tipo penal no especifica qué debe de entenderse por “mujer”, es decir, si biológicamente debe de ser una persona nacida mujer o si cabe la posibilidad de encuadrar víctimas que se conducían bajo dicho género, sin importar su sexo.

En todas las diligencias que se realicen para la búsqueda de la Persona Desaparecida o No Localizada, así como para investigar y juzgar los delitos previstos en esta Ley, se deberá garantizar su realización libre de prejuicios, estereotipos y de cualquier otro elemento que, por cuestiones de sexo, género, identidad u orientación sexual de las personas, propicien situaciones de desventaja, discriminación, violencia o se impida la igualdad (Ley General..., 2017, art. 5).

Este cuerpo legal sí contempla la debida diligencia libre de prejuicios incluyendo el sexo y el género, sin embargo, como en muchos otros ordenamientos jurídicos, se puntualizan de diferente manera ambos términos. Es aquí donde nos encontramos con lo que se conoce en el campo del derecho como “lagunas jurídicas”, es decir, las instituciones de seguridad pública pueden actuar sin sustento y, por ende, los derechos humanos de las mujeres transgénero son susceptibles a ser vulnerados.

Tal vez este enfoque no sea muy relevante hoy en día, pues son pocos los casos de mujeres transgénero e incluso en varios lugares aún no son reconocidos sus derechos, pero en unos años lo será, máxime si se cuenta con el apoyo de los grupos sociales y de las organizaciones encargadas de vigilar el cumplimiento de los derechos humanos. Aparentemente lo de menos es canalizar el asunto a cualquiera de las fis-

calías, pues los profesionales deben respetar la identidad de género de las personas a las que prestan el servicio, sin importar su apariencia física (Organización Panamericana de la Salud, 2012), no obstante, la perspectiva de género es pieza clave en la indagación, ya que un concepto puede cambiar por completo las líneas de investigación y de ellas depende que se esclarezcan los hechos. Actualmente no se encuentra especificado el enfoque que se le debe dar a las investigaciones de los casos de mujeres transgénero que son víctimas de un delito. La legislación penal vigente en el estado de Chihuahua y las instituciones encargadas de la procuración de justicia, en este caso la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, no han establecido el tratamiento para su atención, lo que genera incertidumbre tanto en las víctimas como en los titulares de la investigación.

En una escena del crimen donde la víctima es mujer, se debe determinar si se trata de un homicidio o un homicidio por razones de género (“feminicidio”). Los peritos en Criminalística de Campo adscritos a la Dirección General de Servicios Periciales de la Fiscalía General del Estado, de acuerdo con las características del hecho —por ejemplo, si el cuerpo de la víctima presenta signos de violencia sexual o traumatismos, o si este estuvo expuesto o fue enterrado u ocultado—, son quienes determinan la naturaleza del delito. Entonces, ¿qué sucede

cuando en la misma escena, la víctima es una mujer transgénero?

Otro punto de igual relevancia para Ciudad Juárez ocurre cuando desaparece una mujer y los familiares interponen un reporte en la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género (2012). En este caso, el agente del Ministerio Público recaba la información necesaria e inicia una investigación para localizarla; además elabora una pesquisa que contiene una fotografía y los datos de la mujer ausente, tales como nombre, edad y sexo, la cual se publicará y se difundirá entre la sociedad y los medios de comunicación. Ahora, si la persona desaparecida es una mujer transgénero, ¿a dónde deben acudir los familiares para que los atiendan debidamente? y ¿qué debe hacer el Agente del Ministerio Público? No solo se trata de precisar el enfoque de la investigación, otros detalles también son importantes. Por ejemplo, al momento de elaborar la pesquisa, ¿debe estar la persona legalmente reconocida por el Estado para señalar un sexo “femenino” o este debe ser “masculino”? y ¿qué fotografía se va a utilizar? Cualquier error podría violar los derechos fundamentales de la víctima y ponerla en un estado de vulnerabilidad grave.

En los próximos años, esta problemática se enfrentará con más frecuencia, sin embargo, actualmente no se encuentra tipificada ni existe un protocolo de actua-

ción, se atiende estrictamente al sexo de la persona. En este orden de ideas, ¿están preparados los servidores públicos encargados de la procuración de justicia en Ciudad Juárez para atender casos de mujeres transgénero juzgando con perspectiva de género? La legislación penal vigente no contempla si a los casos de mujeres transgénero que son víctimas de un delito se les dará una atención con perspectiva de género o solo se considerarán las características biológicas y legales, es decir, haber nacido hombre. Lo anterior debe tener en cuenta que en el estado de Chihuahua existe una Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género, por lo cual es imprescindible plantear lineamientos bajo los cuales perseguir e investigar dichos casos.

“El acceso a la justicia tiene un fuerte componente de servicio, pues debe ser el camino que une al individuo con el sistema judicial” (Insignares, 2015, p. 201). Es deber de los servidores públicos asegurar el acceso a la misma, pero si este no tiene claro su actuar en los caso de las mujeres transgénero o la ley no se lo indica, está dejando en un estado de vulnerabilidad los derechos de la víctima y violando todos los preceptos legales que facultan su actuar, es precisamente este punto el más importante.

Cabe destacar que no solo se trata de saber qué sexo poner en una pesquisa de una persona desaparecida, de investigar

el homicidio de una mujer transgénero con perspectiva de género o de que el Estado reconozca su sexo mediante un papel. Es la vulnerabilidad de la víctima lo más importante, el riesgo que pueda sufrir frente a una situación de peligro y la responsabilidad de los servidores públicos; pues nunca será lo mismo el entorno familiar, social o laboral de una mujer al de una mujer transgénero. Además, ¿qué tal si el motivo del delito es precisamente esta condición? El primer respondiente no lo sabe, tampoco el Agente del Ministerio Público ni el Agente Ministerial, probablemente ni el Perito en Criminalística de Campo. Si ellos, que son profesionales, no lo saben, se está violando totalmente los derechos de la persona.

Por ello se considera importante conocer qué trato se les dará a las víctimas de un delito cuando son mujeres transgéneros, no se trata de una tendencia, un capricho o un certamen de belleza. Se trata de una realidad no muy lejana que la ley aún no contempla y las autoridades no tienen la capacitación ni experiencia para enfrentar. Es por todo lo anterior, que en la presente investigación analizo si los servidores públicos encargados de la procuración de justicia en Ciudad Juárez, Chihuahua, están verdaderamente preparados para atender casos de mujeres transgénero con base en la perspectiva de género.

### **Perspectiva de género: concepto**

A raíz de los hechos ocurridos en el año 2001 en el caso de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Benice Ramos Monárrez, familiares de las víctimas, con ayuda de representantes sociales, presentaron una demanda en contra del Estado mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y posteriormente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto derivó en una sentencia que obliga al Estado a optar diversos lineamientos, específicamente en Ciudad Juárez, Chihuahua. Uno de los puntos resolutive de la sentencia fue crear una institución especializada en atención a delitos contra la mujer, así como la debida preparación de los servidores públicos en el tema de perspectiva de género, por lo que en el año 2012, se establece en el estado de Chihuahua la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género, la cual se encarga de proteger a aquellas mujeres que han sufrido algún tipo de agresión solo por la condición de ser mujer.

La diferencia entre los sexos, en teoría, no implica una desigualdad legal, sin embargo, la antes mencionada sentencia prevé el término “perspectiva de género”. De acuerdo con la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del

Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017), juzgar con perspectiva de género significa “garantizar su realización libre de prejuicios, estereotipos y de cualquier otro elemento que, por cuestiones de sexo, género, identidad u orientación sexual de las personas, propicien situaciones de desventaja, discriminación, violencia o se impida la igualdad” (p. 5).

Una vez definido el significado de juzgar con perspectiva de género, así como la función de la fiscalía especializada y la necesidad de su creación, ¿qué sucede con aquellas mujeres transgénero que son víctimas de un delito? Antes que nada, debemos conceptualizar qué se entiende por sexo y género.

El concepto de “género” ha sido considerado uno de los puntos clave en el desarrollo de la teoría feminista, que distingue entre el sexo biológico y la socialización de la feminidad y la masculinidad, y eventualmente, de otras formas de identidad de género y deseo sexual (Lampert, 2017, p. 1).

Para efectos del presente trabajo, entenderemos que las características biológicas de cada persona determinan su sexo, ya sea masculino o femenino, mientras que el género se refiere a las características socioculturales reconocidas y atribuidas para el hombre y la mujer. “Al igual que otras nociones y paradigmas cardinales

en la investigación sociocultural, no existe una definición unívoca del género, ya que su significado está sujeto a constantes precisiones” (Martín, 2006, p. 36).

Por otra parte, Maffía (2003) señala: “Más allá de esta variación en la terminología, la mayoría de la gente trans estaría de acuerdo con que su auto identificación es un derecho personal importante” (p. 34), como lo es el acceso a la justicia. “En toda investigación y proceso penal [...], las autoridades deben garantizar su desarrollo de manera autónoma, independiente, inmediata, imparcial, eficaz, y [deben ser] realizados con oportunidad, exhaustividad, respeto de derechos humanos y máximo nivel de profesionalismo” (Ley General..., 2017, p. 4).

### **Delitos de género e instituciones mexicanas encargadas de procuración de justicia**

En la actualidad ya no es posible encuadrarse en una dicotomía de identidad de género, no se puede enmarcar en una cuestión de hombre o mujer o de blanco o negro, las personas son seres individuales y como tal deben tratarse, no clasificarlas, no estigmatizarlas, no señalarlas; en otras palabras, no discriminarlas; por lo que, derivado de lo anterior es importante resaltar la responsabilidad que tienen los Estados de proteger a todas las personas (Unda, 2019, p. 6).

La Carta Magna señala: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 21). De acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales (2014):

Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión (art. 127).

Por otra parte, el Código Penal del Estado de Chihuahua (2006), establece que:

El Poder Ejecutivo del Estado de Chihuahua, a través de la Fiscalía General del Estado, en el ámbito de su competencia y capacidades, de acuerdo al Resolutivo 18 de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, verificará la estandarización de sus protocolos para la investigación del Femicidio (p. 133).

Finalmente, en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Chihuahua* se publicó el siguiente decreto:

La Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género, tendrá a su cargo:

A. El ejercicio de las atribuciones a que se refiere el Apartado B del artículo 2 de esta Ley, cuando se trate de hechos en los que se haya privado de la vida a mujeres por razones de violencia de género; igualmente en los casos de los siguientes hechos o conductas delictivas en que la víctima sea mujer: a) Que atenten contra la libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual; b) Violencia familiar; c) Que atenten contra la obligación alimentaria; d) Desaparición de mujeres respecto de hechos no vinculados a la delincuencia organizada; y e) Discriminación por razones de género.

B. La atención psicológica, médica y otras, en los casos de violencia contra las mujeres en los delitos o hechos contemplados en el apartado A de este artículo, en coordinación con otros órganos o unidades administrativas de la Fiscalía General que proporcionen los servicios a que se refiere el presente apartado.

C. La canalización a Víctimas u ofendidos, en los casos de los apartados anteriores, hacia las dependencias o instituciones que proporcionen los servicios de carácter tutelar, asistencial, preventivo, educacional y demás de contenido similar, así como la vigilancia de su debida atención.

Este órgano estará a cargo de un Fiscal Especializado, quien contará con el apoyo de cuatro Coordinaciones Regionales de Ministerio Público y Policía Ministerial de Investigación del Delito, de las unidades administrativas necesarias y demás personal que requiera para el cumplimiento de sus funciones. En todo caso, el personal adscrito a esta Fiscalía deberá contar con el perfil especializado que corresponda a la naturaleza propia de sus funciones (Decreto N°. 733/2012, 2012, pp. 499-500).

El órgano encargado de la investigación y persecución de los delitos es el Ministerio Público, además, la legislación del estado de Chihuahua faculta a la Fiscalía General del Estado para conocer y establecer los protocolos adecuados para la investigación de delitos por razones de género. Haciendo uso de esta facultad y con base en la sentencia del “Campo Algodonero” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009), nace la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género, ahí se atienden delitos de violencia familiar, delitos de índole sexual, homicidios de mujeres por razones de género y reportes de ausencia o extravío.

No son lo mismo los delitos por razones de género que los delitos donde la víctima es una mujer, pero nada tienen que ver con el género. Retomando el ejemplo del delito de homicidio, si este es en contra de una mujer y durante la investigación,

o incluso en la misma escena del crimen, se determina que el móvil del hecho es la delincuencia organizada, no estamos hablando de una cuestión de género, por lo tanto, no será la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género quien conozca del caso, sino la Fiscalía de Distrito. Lo mismo sucede en otros delitos como daños o lesiones, o incluso riñas, entre dos mujeres, no se trata de una cuestión de género, aunque la víctima sea precisamente una mujer. Es importante aclarar esta diferencia, ya que es común que se canalice erróneamente a los usuarios y en una situación de angustia por la comisión de un delito no es digno que las víctimas se trasladen innecesariamente de un edificio a otro por la falta de pericia de los servidores público. Si estos errores suceden en condiciones “normales”, ¿qué sucederá en los casos de las mujeres transgénero?

No en todos los estados de la república existe una fiscalía especializada de la mujer, cada fiscalía o procuraduría establece sus protocolos para los delitos de género de acuerdo con su realidad. Chihuahua es pionero en estas cuestiones. Segato (2004) considera que:

En particular Ciudad Juárez, estado de Chihuahua, frontera Norte de México con El Paso, Texas, es un lugar emblemático del sufrimiento de las mujeres. Allí, más que en cualquier otro lugar, se vuel-

ve real el lema “cuerpo de mujer: peligro de muerte” (p. 3).

Se trata de un fenómeno único, favorecido por un entorno socioeconómico propicio, conformado por impunidad, violencia de género en un mundo patriarcal misógino, [...] ineficiencia policíaca, indiferencia, desigualdad, prejuicio, ignorancia, narcotráfico e intereses políticos. Este entorno se da en Ciudad Juárez, en el estado de Chihuahua, al norte de México (Álvarez, 2003, p. 220).

Las muertas de Juárez ha sido un tema a nivel mundial, la ciudad es reconocida por su marginación, violencia y machismo, lo que derivó en una condena por parte de un organismo internacional.

### Legislación internacional

Las constituciones y leyes internacionales actuales contemplan que todas las personas tienen garantizados los mismos derechos, pero qué sucede con los derechos de las personas transgénero en la legislación de los países.

“La ley española fue la primera del mundo en reconocer plenos derechos a los cónyuges del mismo sexo, lo que facilitó la supresión de las limitaciones excepcionales que figuraban en las leyes de otros países” (Noir, 2010, p. 137). Este acontecimiento fue de gran importancia para la legislación española y de otras naciones, pues establece un derecho fundamental de las

parejas del mismo sexo y da pie a más reconocimientos por parte del Estado, como la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid (2016), la cual define a las personas trans como:

Toda aquella persona que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer. A los efectos de esta Ley y sin prejuzgar otras acepciones sociales el término trans ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como “otro” o describen su identidad en sus propias palabras (p. 9).

Además de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón (2018) indica:

Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, acoso, penalización o castigo por motivo de su identidad o expresión de género. En particular, las personas deben ser tratadas de acuerdo con su identidad de género manifestada, que

es como la persona se presenta ante la sociedad, con independencia de su sexo legal, y así obrarán las instituciones y Administraciones públicas aragonesas en todos y cada uno de los casos en los que participen (p. 14).

Es decir, no solo tenemos un antecedente histórico en cuanto a los derechos de las personas transgénero, sino que existen ya varias leyes que los regulan. En Estados Unidos, si bien no hay legislaciones tan precisas como en España, recientemente la Corte Suprema de EE. UU. prohibió la discriminación en el trabajo de personas homosexuales y transgénero, lo que representa un gran avance para estas minorías, pues recordemos que este es un país hermético en cuanto a los temas de discriminación y derechos humanos. Por otro lado, en países latinoamericanos, los avances han sido mínimos.

En Colombia, sus avances en materia de dignidad humana, igualdad y justicia han sido lentos y opacados por las fobias de algunos grupos e individuos intolerantes a la diferencia y opuestos radicalmente a que los demás seres humanos obtengan sus mismos derechos y se encaminen a desarrollar su vida con total normalidad (Cardona-Cuervo, 2016, p. 91).

En Puerto Rico, la legislación a favor de los derechos de las personas identificadas LGBT cada día carece más de peso y

esencia. Para proteger los derechos de este grupo minoritario sólo existe el Artículo 66 inciso (q) del Código Penal del año 2012, que señala los agravantes de delitos. En específico, este artículo crea condiciones para aumentar las sanciones para un delito que se llevó a cabo, hacia o contra la víctima por razón de raza, color, sexo, orientación sexual, género, identidad de género, origen, origen étnico, estatus civil, nacimiento, impedimento o condición física o mental, condición social, religión, edad, ideologías políticas o creencias religiosas, o ser persona sin hogar (Rivera, Toro-Alfonso, & Melendez, 2013, p. 5).

En México, como en otros países de Latinoamérica, el progreso ha sido lento en comparación con países europeos que desde hace muchos años debidamente han “normalizado” estas orientaciones sexuales. Sin embargo, el trabajo realizado por parte del legislador, como ya se precisó con anterioridad, es de reconocerse, aunque sea como resultado de la sentencia del “Campo Algodonero” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

### **Método del tópico de investigación**

La presente investigación aborda una estrategia cualitativa porque “se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación

con su contexto” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, p. 358). Se trata de una exploración transversal porque los datos analizados fueron obtenidos de una población específica y por un periodo de tiempo determinado (Marketing E-nquest, 2018); descriptiva e interpretativa, ya que fue necesario descifrar la realidad desde la óptica de cada objeto de estudio y así evaluar su actuar. Para ello se empleó una muestra no probabilística por conveniencia de 32 participantes considerando como sujeto de análisis a los agentes del Ministerio Público, agentes de la Agencia Estatal de Investigación y agentes de la Comisión Estatal de Seguridad de la Fiscalía General del Estado, Zona Norte; así como a los agentes de la Secretaría de Seguridad Pública de Ciudad Juárez, Chihuahua, los cuales fueron seleccionados de acuerdo con el grado de servicio dentro la corporación.

Como técnica de recolección de datos se utilizó una entrevista estructurada con diez preguntas, las cuales midieron la perspectiva de género desde un punto de vista aplicativo y permitieron concentrar la opinión de los sujetos en cuanto al problema de investigación, así como determinar si realmente los servidores públicos están siguiendo los lineamientos que indica la ley. Esta entrevista se realizó bajo el consentimiento informado de cada uno de los participantes, de manera individual, vía remota y con un tiempo aproximado de 10 minutos. Cabe mencionar que los mis-

mos fueron adultos de entre 30 y 40 años, hombres y mujeres en igual número, algunos de ellos solteros y otros casados, todos con una licenciatura concluida. Todos son agentes activos en las ya mencionadas corporaciones y su rol dentro de las mismas es imprescindible para la efectiva procuración de justicia.

### **Interpretación a partir de las entrevistas**

De los resultados obtenidos se destaca que, 25 de los 32 entrevistados coinciden en que el sexo define biológicamente a los seres humanos como hombres y mujeres, mientras que el género hace referencia al papel que se desempeña en sociedad de acuerdo con los roles que históricamente se han asignado como masculinos y femeninos, por lo que los participantes afirman que el género es, sin lugar a duda, una construcción social y cultural. Solo 11 de los participantes reconocen el significado de juzgar con perspectiva de género y la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres. Varios respondientes manifestaron no conocer este concepto, lo confunden con las prácticas discriminatorias y el acceso a la justicia.

En cuanto a la violencia de género, la mitad de los sujetos coinciden en que esta se origina contra la mujer por el solo hecho de serlo. Además, distinguen que deben considerarse como delitos por razones de género la violencia familiar, los delitos de índole sexual y los “feminicidios”; incluso los par-

ticipantes propusieron algunos otros que no se encuentran en la legislación actual como la desaparición forzada de mujeres y el acoso laboral. Dos personas manifestaron no estar de acuerdo con esta clasificación y consideran que todos los delitos deben de ser juzgados como tal, independientemente de si la víctima es un hombre o una mujer. Sobre el alcance de este tipo de disposiciones, 17 de los 32 respondientes coinciden en que se pretende proteger la integridad y la dignidad de las mujeres.

Consideran que se debe atender el sexo biológico de la víctima en los casos de delitos de género 22 de los participantes y tan solo dos que se debe valorar el género no el sexo; mientras que un participante indicó que a todas las personas se les debe dar la misma atención, sin importar su sexo o género, volviendo al tema de la discriminación. Finalmente, 27 de los participantes opina que la creación de una Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género ha sido una buena e incluso necesaria estrategia para tratar de manera especializada los delitos por razones de género, dentro de este porcentaje, una persona opina que lo justo sería que también se creara una institución similar para hombres, puesto que tanto hombres como mujeres están expuestos.

No se puede hablar de mujeres transgénero sin una visión amplia de perspectiva de género y, sobre todo, el reconocimiento

de la desigualdad estructural que durante años han vivido. De esta manera, fue fundamental, antes que nada, conocer la óptica personal de cada uno de los participantes en cuanto a los delitos de género se refiere. Después de realizar 32 entrevistas a elementos de las distintas corporaciones ya mencionadas, se observa que la gran mayoría conoce la diferencia entre sexo y género, y es precisamente este el punto de partida para juzgar con perspectiva de género.

Asimismo, casi la totalidad de los participantes coincidieron en que los delitos de violencia familiar, los delitos sexuales, la trata de personas y los homicidios por razones de género o “feminicidios” son delitos graves y deben tratarse como tal. Aunque hubo algunos respondientes que manifestaron no estar de acuerdo con estas clasificaciones, sus opiniones iban encaminadas a que tanto hombres como mujeres deben de recibir el mismo trato sin ningún tipo de discriminación. Es de resaltar que la tipificación “especial” que contiene nuestra legislación penal de delitos contra la mujer no es discriminatoria en ninguno de sus apartados. Si bien es cierto que tanto hombres como mujeres tenemos los mismos derechos como víctimas, también es cierto que los derechos de las mujeres históricamente se han visto vulnerados. Basta con profundizar en el pasado para darse cuenta de que existe una supremacía masculina, pues fue hasta el año de 1996 cuando se reconoció que

“los derechos de las mujeres son derechos humanos” (Naciones Unidas, 1996, p. 3). Somos testigos de que a las mujeres las matan después de haber abusado sexualmente de ellas, esta es la razón por la cual nuestra legislación señala una penalidad agravante o “especial” en este tipo de crímenes, no es que la vida la mujer tenga más valor.

A pesar de ello, se advierte que el problema no es el desconocimiento en los temas de género ni la legislación, se trata de la falta de reconocimiento institucional, de la praxis. Esto quedó claro al preguntar: *¿existen obstáculos para la incorporación de la perspectiva de género en sus investigaciones?* La mayoría de los participantes comentó que estos existen dentro del área laboral, lo que es verdaderamente preocupante. No se sabe con exactitud si estos obstáculos son personales o se deben a órdenes superiores o simplemente a la naturaleza de sus funciones. Sea cual sea la causa, no se juzga con perspectiva de género: el Estado mexicano no está cumpliendo con la sentencia del “Campo Algodonero” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009) y mucho menos está preparado para atender delitos donde la víctima es una mujer transgénero.

Finalmente, en cuanto a la creación de la Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género, se externaron diversas opiniones. La mayoría de los participantes manifes-

taron estar de acuerdo con su creación, mientras que otros sugieren que así como existe una fiscalía para la mujer también debería existir una para el hombre. Hubo otros más que ni siquiera sabían de su existencia. Entonces, ¿qué sucede cuando deben atender a una mujer víctima de un delito? ¿a dónde la canalizan? Si los operadores del mismo sistema no saben que existe una institución especializada para atender las cuestiones de género, ¿qué se puede esperar de la sociedad? Además, ¿es necesario crear una fiscalía especializada para hombres después de analizar el contexto histórico y cultural de la desigualdad entre hombres y mujeres? Solo estamos evidenciando el total desconocimiento de las cuestiones de género y de la propia ley.

### Reflexiones finales

El objetivo del presente trabajo de investigación fue analizar si los operadores del sistema de impartición y procuración de justicia en Ciudad Juárez, Chihuahua, es decir, agentes del Ministerio Público, agentes de la Agencia Estatal de Investigación, agentes de la Comisión Estatal de Seguridad de la Fiscalía General del Estado, así como los agentes municipales de la Secretaría de Seguridad Pública Municipal, actúan con perspectiva de género en los casos donde la víctima es una mujer transgénero. Es importante iniciar con la visión de cada uno de los operadores para posteriormente hablar de una institución, no solo se trata

de servidores públicos y de instituciones de procuración de justicia, sino de cualquier lugar en el que una mujer sea discriminada por el solo hecho de serlo.

Hoy en día se reconoce el esfuerzo de las instituciones de seguridad pública por incorporar la perspectiva de género dentro de sus ámbitos de competencia, desde la constante capacitación de los operadores hasta la creación de áreas o unidades especializadas, no obstante, aún falta mucho trabajo por hacer. La sentencia del “Campo Algodonero” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009) es muy clara, la ley también; pero de nada sirve la creación de lineamientos perfectos si al momento de recibir una denuncia se culpa a la víctima, ya sea por ser mujer, por ser mujer transgénero o por cualquier otra condición: esto convierte a la praxis en una verdadera falacia.

En este escenario todos son jueces y antes de investigar el nombre del agresor parece que es necesario saber el tamaño de la falda de la víctima si se trata de una violación o si andaba de fiesta el día que la privaron de la vida. Esto es absurdo porque existen casos de bebés que lamentablemente son abusados sexualmente cuando no había nada de “provocativo” en ellos o qué decir de las mujeres musulmanes.

¿Será que el respeto hacia los derechos de la mujer se origina desde el hogar, atendiendo a los valores y costumbres de cada persona?, ¿o realmente es algo que se

aprende con el tiempo? Es urgente normalizar estos derechos, reconocer que siempre han existido y que tanto las autoridades como la sociedad nutran ese ánimo de solidaridad y cooperación que acrecenté el concepto de mujer en el mundo (Naciones Unidas, 1996).

### Bibliografía

Alcaraz, R., & Alcaraz, A. (2008). *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género*. Ciudad de México: Arturo Cosme Valadez.

Álvarez, J. (2003). Las muertas de Juárez: bioética, género, poder e injusticia. *Acta Bioethica*, 9(2), 219-228. DOI:<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2003000200008>

Cardona-Cuervo, J. (2016, julio-diciembre). La construcción de los derechos del grupo social transgénero. *Entramado*, 12(2), 84-95. <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n2.24202>

Código Nacional de Procedimientos Penales (2014, 5 de marzo). *Diario Oficial de la Federación*. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP\\_190221.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf)

Código Penal del Estado de Chihuahua (2006, 27 de diciembre). *Periódico Oficial* (103). <http://www.congresochoihuahua2.gob.mx/biblioteca/codigos/archivosCodigos/64.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Artículo 21. Última reforma DOF 18-06-2008. <https://museodelasconstituciones.unam.mx/constitucion/articulo-21o/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009, 16 de noviembre). *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

Decreto N°. 733/2012 (2012, 4 de febrero). *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Chihuahua*. [http://www.chihuahua.gob.mx/attach2/po010\\_2012.pdf](http://www.chihuahua.gob.mx/attach2/po010_2012.pdf)

Fiscalía Especializada en Atención a Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género. (2012). Fiscalía General del Estado. [http://fiscalia.chihuahua.gob.mx/inicio/?page\\_id=46](http://fiscalia.chihuahua.gob.mx/inicio/?page_id=46)

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ª ed.). Ciudad de México: Mc Graw Hill.

Insignares, S. (2015, enero-junio). El acceso a la justicia a partir del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC COL-USA. *Revista de Derecho* (43), 197-236. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85138494007.pdf>

Lampert, M. (2017, 14 de septiembre). Evolución del concepto de género: identidad de género y la orientación sexual. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=56104>

Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid (2016). Legislación de la Comunidad de Madrid. [http://www.madrid.org/wleg\\_public/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=9264](http://www.madrid.org/wleg_public/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=9264)

Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón (2018, 30 de mayo). Boletín Oficial del Estado (131). <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-7154-consolidado.pdf>

Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017, 17 de noviembre). *Diario Oficial de la Federación*. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGM-DFP\\_190221.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGM-DFP_190221.pdf)

Maffía, D. (2003). *Sexualidades migrantes: género y transgénero*. Buenos Aires: Librería de Mujeres.

Marketing E-nquest (2018, 20 de agosto). ¿Qué es un estudio Transversal? E-nquest. <https://www.e-nquest.com/que-es-un-estudio-transversal/>

Martín, A. (2006). *Antropología del género: culturas, mitos y estereotipos sexuales*. Madrid: Cátedra.

Naciones Unidas. (15 de Septiembre de 1996). *Informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer: Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Noir, R. (2010, marzo-abril). Sobre el movimiento LGHBT Lésbico-Gay-Homosexual-Bisexual Transgénero. *Revista Electrónica de Psicología Política* (22). [http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010\\_Nota8.pdf](http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010_Nota8.pdf)

Organización Panamericana de la Salud (2012). *Por la salud de las personas trans: ele-*

*mentos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe*. <https://www.paho.org/arg/images/gallery/Blueprint%20Trans%20Espa%C3%83%C2%B1ol.pdf>

Rivera, C., Toro-Alfonso, J., & Melendez, L. (2013). Minorías frente al alza en la criminalidad: percepción de seguridad de la comunidad lesbiana, gay, bisexual y transgénero (LGBT) en Puerto Rico. *Revista Puertorriqueña de Psicología*, 24(2). <http://www.ojs.repsasppr.net/index.php/reps/article/view/222/222>

Scott, B., Cayleff, S., Donadey, A., & Lara, I. (2017). *Women in culture: an intersectional anthology for gender and women's studies*. Illinois: Wiley Blackwell.

Segato, R. (2004). *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Brasilia: Universidade de Brasilia.

Unda, M. (2019). *Los derechos humanos de las personas transgénero*. Tesis de maestría. Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. <http://ri.ibero.mx/bitstream/handle/ibero/2508/016811s.pdf?sequence=1>